

Rechtbank 's-Gravenhage

Zitting: 14 december 2011

Nummers: 2009/0579 en 2010/1677

CONCLUSIE VAN REPLIEK

Tevens houdende akte wijziging van eis

inzake: zaak/rolnummer: 330891/ HA ZA 09-0579

Fidelis Ayoro Oguru,

Alali Efanga,

beiden wonende te Oruma, Bayelsa State, Nigeria
en

de vereniging met rechtspersoonlijkheid

Vereniging Milieudefensie,

gevestigd te Amsterdam,

eisers,

behandelend advocaten: mrs. M.J.G. Uiterwaal en
L. Zegveld,

procesadvocaat: mr. W.P. den Hertog

tegen:

de rechtspersoon naar het recht van het Verenigd

Koninkrijk **Royal Dutch Shell plc,**

kantoorhoudende te 's-Gravenhage,

de rechtspersoon naar het recht van Nigeria

en

**The Shell Petroleum Development Company of
Nigeria Ltd,**

gevestigd te Port Harcourt, Rivers State, Nigeria

gedaagden,

advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk

alsmede

inzake: zaak/rolnummer: 365498 / HA ZA 10-1677

Fidelis Ayoro Oguru,

Alali Efanga,

beiden wonende te Oruma, Bayelsa State, Nigeria
en

de vereniging met rechtspersoonlijkheid

Vereniging Milieudefensie,

gevestigd te Amsterdam,

eisers,

behandelend advocaten: mrs. M.J.G. Uiterwaal en
L. Zegveld,

procesadvocaat: mr. W.P. den Hertog

tegen:

de naamloze vennootschap **Shell Petroleum N.V.**,
gevestigd te 's-Gravenhage,

en

de rechtspersoon naar het recht van het Verenigd
Koninkrijk **The “Shell” Transport and Trading
Company Ltd**, gevestigd te London, Verenigd
Koninkrijk

gedaagden,

advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding en kern zaak	6
2	Leeswijzer en varia voor repliek	8
2.1.1	Indeling.....	8
2.1.2	Opmerkingen over oordeel omtrent sabotage in het exhibitie-vonnis.....	8
2.1.3	Regie-aanwijzingen rechtbank en legal opinion	10
2.1.4	Shell Holding: moederbedrijf van de Shell-groep.....	11
3	Nigeriaans recht: Vorderingsgerechtigheid Eisers	13
3.1	Vorderingsrecht Oguru en Efanga.....	13
3.1.1	Land.....	13
3.1.2	Visvijvers en beplantingen	16
3.2	‘Title to land’ Oguru en Efanga.....	17
3.3	Vorderingsrecht Milieudefensie	18
4	Nigeriaans recht: Onrechtmatige daad / Torts.....	20
4.1	‘Tort of negligence’	20
4.2	Het bestaan van een duty of care	21
4.2.1	Voorzienbaarheid	21
4.2.2	Proximity	21
4.2.2.1	Schade veroorzaakt door derden	22
4.2.3	Fair, just, reasonable.....	24
4.3	Het schenden van de zorgplicht.....	24
4.4	Causaliteit tussen de geschonden zorgplicht en de geleden schade	25
4.5	Overzicht Tort of Negligence	25
4.6	Overige relevante ‘torts’ naar Nigeriaans recht.....	27
4.6.1	Tort of nuisance.....	27
4.6.2	Trespass to chattel	28
4.6.3	The Rule in Rylands v. Fletcher	28
5	Aansprakelijkheid voor onvoldoende voorkomen van lekkage	29
5.1	Duty of care voor voorkomen lekkage	29
5.1.1	Voorzienbaarheid van de lekkage en de daaruit volgende schade	29
5.1.1.1	Opruimcontractenbeleid van Shell werkt voorzienbaar sabotage in de hand	30
5.1.1.2	Voorzienbaarheid van de schade als gevolg van lekkages.....	30
5.1.2	Proximity ten aanzien van het voorkomen van lekkage.....	31
5.1.2.1	Proximity als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid	31
5.1.2.2	Shell Nigeria heeft gevaarlijke situatie laten ontstaan	37
5.1.2.3	Shell heeft niet optreden tegen door derden gecreëerd gevaar.....	38
5.1.2.4	Conclusie ‘proximity’	39
5.1.3	Fair, just en reasonable	39

5.1.4	Conclusie zorgplicht.....	40
5.2	Breach of duty of care wegens het niet voorkomen van de lekkage	40
5.3	Causaliteit van de schade	44
5.4	Overige relevante torts: nuisance and trespass to chattel	44
6	Aansprakelijkheid voor inadequate reactie	44
6.1	Duty of care om adequaat op olie lekkage te reageren.....	44
6.1.1	Voorzienbaarheid van de schade	45
6.1.2	Proximity	45
6.1.2.1	Proximity als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid ..	46
6.1.2.2	Shell Holding is verantwoordelijk voor situatie die tot schade door derden kon leiden	48
6.1.3	Fair, Just, Reasonable	49
6.1.4	Conclusie zorgplicht.....	49
6.2	Breach of Duty of Care wegens inadequate reactie op de lekkage	49
6.3	Causaliteit van de schade	54
6.4	Overige ‘torts’ naar Nigeriaans recht met betrekking tot inadequate reactie	54
6.4.1	The Rule in Rylands v. Fletcher	54
6.4.2	Torts of nuisance and trespass to chattel	55
7	Aansprakelijkheid voor inadequate sanering.....	55
7.1	Duty of care om gelekke olie goed op te ruimen	55
7.1.1	Voorzienbaarheid van de schade	55
7.1.2	Proximity	56
7.1.2.1	Proximity als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid ..	56
7.1.2.2	Shell Holding is verantwoordelijk voor gevaarlijke situatie die tot schade kon leiden	57
7.1.3	Fair, Just, Reasonable	58
7.1.4	Conclusie zorgplicht.....	58
7.2	Breach of Duty of Care nu de olie niet goed is opgeruimd	58
7.2.1	Clean-up and Remediation Certification Format onjuist.....	59
7.2.2	Conclusie: schending zorgplicht	62
7.3	Causaliteit van de schade	63
7.4	Overige ‘torts’ naar Nigeriaans recht met betrekking tot inadequate sanering	63
7.4.1	The Rule in Rylands v. Fletcher	63
7.4.2	Torts of nuisance and trespass to chattel	64
8	Schade	64
8.1	Materiële schade Oguru en Efanga	64
8.2	Aantasting schoon leefmilieu	66
8.3	Milieuschade	67
8.4	Gezondheidsschade	68
8.5	Immateriële schadevergoeding op grond van andere torts	69
8.6	Conclusie schade	69

9	Samenvatting aansprakelijkheden	69
9.1	Negligence	70
9.1.1	Voorzienbaarheid schade.....	70
9.1.2	Proximity	70
9.1.3	Zorgplicht is redelijk	71
9.1.4	Schending zorgplicht	72
9.1.5	Causaliteit	72
9.2	Overige ‘torts’ naar Nigeriaans recht	72
9.2.1	Nuisance	73
9.2.2	Trespass to chattel	73
9.2.3	The Rule in Rylands v. Fletcher	73
9.3	Conclusie	73
10	Nadere toelichting op onderdelen van het petitum.....	73
10.1	Inzage in stukken.....	74
10.2	Gezondheid- en milieuschade	74
11	Verklarende woordenlijst	75
12	Lijst van producties	77

1 INLEIDING EN KERN ZAAK

1. De olie lekkage in 2005 in het dorp Oruma uit een pijpleiding van Shell Nigeria heeft schade aangericht aan het milieu en aan de belangen van eisers Oguru en Efanga. Shell heeft het optreden van de olie lekkage erkend net als het feit dat bij haar olie-operaties in de Nigerdelta veel lekkages plaatsvinden. De lekkage had door Shell kunnen en moeten worden voorkomen. Shell heeft niet goed gereageerd op de lekkage en de gelekke olie niet goed opgeruimd. Deze zaak gaat over de aansprakelijkheid van Shell voor deze lekkage.
2. De lekkage was op 26 juni 2005 geconstateerd en aan Shell Nigeria gemeld door een surveillance team dat werkte voor Shell Nigeria. Ondanks dat Shell Nigeria de wetenschap van de lekkage dus uit ‘eigen waarneming’ had, heeft zij de oliestroom door de pijpleiding niet gestopt. Shell had de mogelijkheid gebruik te maken van een reservepijpleiding maar heeft dat niet gedaan. De oliedruk in de pijpleiding is in ieder geval nog drie dagen blijven staan, waardoor de lekkage uit de pijpleiding met onverminderde druk doorging; zelfs twaalf dagen na het ontdekken van de lekkage stond er nog een zo grote druk op de olie in de pijpleiding dat de olie daar met kracht uitstroomde. Uit het gat in de pijpleiding, ruim twee meter onder de grond, is aldus onbetwist ten minste twaalf dagen met grote kracht olie gestroomd. Hierbij is tenminste 63.600 liter ruwe olie in het milieu weggelekt; door het gebrek aan adequate maatregelen van Shell heeft de olie zich in dit regenseizoen bijzonder snel kunnen verspreiden.
3. De opruimactie die Shell heeft verricht om de gelekke olie te verwijderen, is onvoldoende geweest. Daarbij is lang niet alle gelekke olie opgeruimd en is bovendien gebruik gemaakt van saneringsmethoden die er niet toe leiden dat de bodem en het water daadwerkelijk schoon worden.
4. Deze zaak gaat over de aansprakelijkheid voor deze olie lekkage. Gedaagden (samen: “Shell”) zijn aansprakelijk voor de schade als gevolg van de olie lekkage in onderhavige zaak. De multinational Shell is door 50 jaar lekkages bij haar olie-operaties in de Nigerdelta medeverantwoordelijk voor een van de grootste milieurampen uit de geschiedenis en wordt in de vijf zaken waarin heden van repliek wordt gediend voor drie individuele lekkages aansprakelijk gehouden.
5. Shell dient bij haar olieoperaties in Nigeria op grond van de zorgplichten naar Nigeriaans recht:
 - op zorgvuldige wijze olie te winnen en daarbij te voorkomen dat olie lekkages plaatsvinden;
 - in het geval desalniettemin een olie lekkage plaatsvindt, daarop adequaat te reageren;
 - in het geval een olie lekkage plaatsvindt, het gebied waarin de olie is gelekt adequaat te saneren.
6. Shell heeft aan deze zorgplichten in onderhavige zaak niet voldaan, zodat zij aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade.
7. Van een oliegeigant als Shell wordt naar het toepasselijke Nigeriaanse recht méér verwacht dan van ‘eenieder’. Shell, met haar specifieke kennis op het gebied van oliewinning en haar jarenlange kennis van de situatie en de problemen in de Nigerdelta, wordt terecht geacht grote zorgvuldigheid te betrachten bij haar olie-operaties, zeker indien daarbij het milieu en de belangen van individuen gevaar lopen.
8. Gezien er in de periode waarover deze zaak gaat, volgens Shell zelf gemiddeld elke tweede dag een olie lekkage plaatsvond uit installaties van Shell in Nigeria, is de voorzienbaarheid van de

olielekkage voor Shell een gegeven. Dat deze lekkages overal in Nigeria voorkwamen en dus ook overal te verwachten zijn, staat eveneens vast.

9. De verplichting om zo te handelen dat olielekkages worden voorkomen, althans dat in het geval van een lekkage adequaat en tijdig wordt gereageerd en gesaneerd, dient mede te worden gezien in het licht van de omvang van de schade van olielekkages aan het milieu in de Nigerdelta.
10. Olielekkages in de Nigerdelta leiden voorzienbaar tot grote schade. Shell heeft niet betwist dat de Nigerdelta een kwetsbaar milieu is. Shell heeft evenmin betwist dat olie een gevaarlijke stof is voor mens en milieu.
11. Daarbij is ten eerste van belang het kwetsbare milieu in de Nigerdelta en het feit dat de bewoners van een schone natuurlijke leefomgeving afhankelijk zijn voor hun levensonderhoud. Ten tweede is de schade voorzienbaar groot omdat ruwe olie een gevaarlijke en schadelijke stof is, welke bij lekkages grote en deels onherstelbare schade toebrengt aan mens en milieu.
12. Het UNEP-rapport van augustus 2011 heeft treffend geïllustreerd dat olielekkages in de Nigerdelta enorme en langdurende gevolgen kunnen hebben en ook hebben gehad.
13. Shell Nigeria is operator van de pijpleiding in kwestie. Zij is ervoor verantwoordelijk dat de pijpleiding voldoet aan de daaraan te stellen (technische- en veiligheids-)eisen, dat deze regelmatig wordt gecontroleerd, dat tijdig en adequaat wordt gereageerd bij een lekkage en dat een lekkage wordt gesaneerd, waarna de gedupeerden worden gecompenseerd.
14. Shell Holding is het moederbedrijf van het Shell concern.¹ Shell Holding heeft niet betwist dat zij kennis draagt van de olie-operaties van Shell Nigeria, van de grote hoeveelheid lekkages en de enorme schade die daarvan het gevolg is. Shell Holding heeft niet betwist dat zij zich in vele opzichten bemoeit met de oliewinning in Nigeria. Ze stelt begrotingsvoorstellen vast, waarin groot en lopend onderhoud aan pijpleidingen voorkomt ter voorkoming van lekkages. Ze verspreidt richtlijnen voor reacties op olielekkages en voor sanering daarvan. Shell Holding heeft door op die wijze te handelen aansprakelijkheid op zich genomen voor de wijze waarop haar olie-operaties in Nigeria plaatsvinden. Shell Holding heeft verder onder meer beleidsplannen goedgekeurd, budgetten vastgesteld en ‘mandatory’ richtlijnen verspreid, waarvan zij wist dat deze niet afdoende waren om lekkages te voorkomen, om adequaat te reageren en saneren na een lekkage. Shell Holding heeft op deze wijze het gevaar gecreëerd en in stand gelaten dat bij de olie-operaties in Nigeria schade aan mens en milieu plaatsvond.
15. Shell Holding neemt – al dan niet via haar sub-houdstermaatschappijen – beslissingen ten aanzien van Shell Nigeria over grote investeringen en over de wijze waarop met lekkages en sanering daarvan dient te worden omgegaan.
16. Shell Holding heeft daarom de zorgplicht geschonden om zodanige richtlijnen uit te vaardigen en te doen naleven voor kwetsbare gebieden als de Nigerdelta dat (i) Shell Nigeria de veiligheid van de bestaande oliepijpleidingen in de Nigerdelta op effectieve wijze inspecteert en onderhoudt en waar nodig zorgt voor adequate bescherming tegen olielekkage, (ii) voor het geval er olievervuiling ontstaat, Shell Nigeria effectief, met de grootste spoed en met adequate middelen daarop reageert, (iii) dat Shell Nigeria na een olievervuiling steeds binnen de daarvoor geldende termijnen overgaat tot volledige sanering van het vervuilde gebied, en (iv) Shell Nigeria over voldoende financiële middelen en technische expertise beschikt voor het adequaat uitvoeren van de onder i-iii genoemde activiteiten.

¹ Voor overzicht van de in deze repliek gebruikte verkorte aanduidingen, zie de verklarende woordenlijst (hoofdstuk 11).

17. De olie lekkage en de schade als gevolg daarvan en van de inadequate reactie daarop, zijn het gevolg van nalaten van Shell Holding om aan haar zorgplichten te voldoen. Behalve Shell Nigeria is daarom ook Shell Holding voor deze olie lekkages aansprakelijk.
18. Daarbij is Shell Holding's kennis ten aanzien van de specifieke olie lekkage die onderwerp van deze zaak is, minder van belang dan Shell betoogt. Of Shell Holding weet had van de specifieke lekkage die bij Oruma in 2005 optrad, is niet van doorslaggevend belang voor het ontstaan van en de reactie op die individuele lekkage. Immers, de lekkage bij Oruma en de inadequate reactie van Shell Nigeria daarop zijn het voorzienbare gevolg van het nalaten van Shell Holding te handelen in overeenstemming met de op haar rustende zorgplichten, zoals die hierboven zijn samengevat en hierna nog uitgebreid aan de orde komen.

2 LEESWIJZER EN VARIA VOOR REPLIEK

2.1.1 Indeling

19. Hieronder zal, naar aanleiding van de conclusies van antwoord van Shell en het incidentele vonnis tot exhibitie van 14 september 2011 ('het exhibitie-vonnis'), door eisers een nadere toelichting gegeven worden op hun stellingen en vorderingen. Deze conclusie van repliek is verder als volgt ingedeeld.
20. Allereerst wordt ingegaan op de gevolgen die het exhibitie-vonnis voor eisers en de inhoud van deze conclusie van repliek heeft. Vervolgens zal het vorderingsrecht van eisers worden toegelicht. Daarna zal aandacht worden besteed aan voor deze zaak relevante gedeelten van het toepasselijke Nigeriaanse recht en de op Shell rustende zorgplichten. Daaropvolgend zullen de onderscheidenlijke schendingen door Shell van deze zorgplichten aan de orde komen. Na een toelichting op de geleden schade zal worden toegekomen aan de conclusie over de aansprakelijkheid van Shell. Tot slot zal een toelichting op het petitum worden gegeven.
21. Aan deze conclusie van repliek is een verklarende woordenlijst gehecht.

2.1.2 Opmerkingen over oordeel omtrent sabotage in het exhibitie-vonnis

22. In het vonnis van 14 september 2011 in het exhibitie-incident (verder: het exhibitie-vonnis) heeft de rechtbank overwegingen gewijd aan de stellingen van Shell dat in deze zaak sprake zou zijn van sabotage. Dit – exceptieve – verweer van Shell is, zo overwoog de rechtbank in r.o. 4.8 van het exhibitie-vonnis, gebaseerd op Shell's stellingen dat sprake zou zijn van een rond boorgat met gladde randen en dat uit wanddiktemetingen ten tijde van de lekkage alsook uit een pig-run van december 2004 geen verdunning van de pijpleiding rondom het gat was gebleken, hetgeen door Nigeriaanse overheden zou zijn bevestigd. Uit deze omstandigheden zou volgens Shell blijken "dat de lekkage hoogstwaarschijnlijk door sabotage is veroorzaakt".
23. Naar het oordeel van de rechtbank hebben Oguru c.s. vooralsnog onvoldoende onderbouwd dat de lekkage in juni 2005 ondanks al het voorgaande feitelijk toch kan zijn veroorzaakt door corrosie of door een anderszins gebrekkige toestand van de pijpleiding, dan wel dat het ook door de deelstatelijke en federale autoriteiten ondertekende JIT-rapport onbetrouwbaar is (r.o. 4.9). Dit leidt de rechtbank tot de conclusie dat Oguru c.s. vooralsnog onvoldoende gemotiveerd hebben weersproken dat de lekkage door sabotage is veroorzaakt (r.o. 4.10).
24. Oguru c.s. merken over deze oordelen het volgende op.

25. Op Shell rust de stelplicht en bewijslast met betrekking tot haar exceptieve verweer dat sprake is van sabotage. De rechtbank heeft zich hier blijkens het oordeel in r.o. 4.10 rekenschap van gegeven. Op Oguru c.s. rust (derhalve) ook niet de stelplicht en bewijslast om aan te geven wat wél de oorzaak van de lekkage is geweest.
26. Het verweer van Shell dat sprake is van sabotage is door Oguru c.s. voor een groot gedeelte al betwist in de dagvaarding (waarin op Shell's reactie op de aansprakelijkstelling is ingegaan). Oguru c.s. hebben daar uiteengezet dat de stellingen van Shell over het gat in de pijpleiding uitsluitend overneemt uit het JIT-rapport. De leden van het JIT hebben echter niet kunnen vaststellen of het gat in de pijpleiding daadwerkelijk ronde randen had. Uit de video van de 'clamping' (**productie A.11** bij dagvaarding), waarop de rechtbank het voorlopig oordeel mede heeft gebaseerd, zijn geen ronde randen van het gat te zien, maar juist een wat rafelige structuur.² De aanwezigen bij de JIT hebben niets anders dan dit beeld kunnen waarnemen (maar dan met eigen ogen): eerder was het gat door gelekte olie aan het zicht onttrokken).³
27. Ook de UT-metingen die tijdens de JIT hebben plaatsgevonden, kunnen niet leiden tot de conclusie die Shell daaraan verbindt. Deze metingen zijn door een werknemer van Shell uitgevoerd en konden niet worden geverifieerd door één van de andere JIT leden. Daarnaast betwisten Oguru c.s. de waarde van deze metingen aangezien het verrichten daarvan complex is en bijzondere scholing en apparatuur vereist waarvan niet blijkt dat deze aanwezig was.⁴
28. De "intelligent pig run"-rapporten waarop Shell haar stellingen baseert, zijn ongeloofwaardig. Eisers hadden al bij de aansprakelijkstelling van mei 2008 om deze documenten verzocht⁵ en dit verzoek herhaald in de dagvaarding⁶ en bij incidentele conclusie tot exhibitie in de zaak tegen Shell Plc en Shell Nigeria.⁷ Ondanks die herhaalde verzoeken heeft Shell deze documenten eerst geproduceerd bij conclusie van antwoord in de zaak tegen de Shell T&T en Shell Petroleum (ruim 2 jaar en 2 maanden na Shell's reactie op de aansprakelijkstelling). Indien Shell al eerder over deze – in haar optiek gunstige – documenten had beschikt, is het ongeloofwaardig dat zij deze niet eerder heeft overgelegd.
29. Daar komt bij dat de twee pagina's A4 niet voorzien zijn van achtergrond, of onderbouwing die noodzakelijk zou zijn om geloofwaardigheid aan deze tabellen te verschaffen. De uitdraai is niet meer dan een tabel met een opsomming van waarden die gemakkelijk kon worden gefabriceerd. Oguru c.s. betwisten dat deze A4-vellen de stellingen van Shell dat sprake is van sabotage onderbouwen. De stellingen van Shell dat op de plaats van de lekkage geen wandverdunning is waargenomen is voorts niet nader onderbouwd aangezien de lekkage-locatie niet exact door Shell is weergegeven. Voor zover Shell daartoe naar het JIT-rapport mocht verwijzen, voegt dit aan de stellingen van Shell niet veel toe aangezien de aanduiding van lekkage-locatie op het JIT-formulier zodanig onnauwkeurig is dat hieruit niet de stelling kan volgen dat op de plaats van de lekkage geen wandverdunning heeft plaatsgevonden.
30. Oguru c.s. verwijzen voorts naar hun stellingen in de dagvaarding dat Shell ten aanzien van haar olie-operaties in Nigeria zeer vaak stelt dat sprake is van sabotage, ook wanneer dat niet

² Dagvaarding, nrs. 275, 277-279.

³ Zie foto's afkomstig van de website van Shell, waarop duidelijk zichtbaar is dat daar wél sprake is van ronde gaten (**productie L.12**).

⁴ Zie ook incidentele conclusie tot exhibitie, sub, sub iv.

⁵ Aansprakelijkstelling (**productie A.1**), sub f, j en k.

⁶ Dagvaarding, nr. 94.

⁷ Incidentele conclusie tot exhibitie van 24 maart 2010, sub iii. In antwoord van 16 juni 2010 heeft Shell de beweerdelijke pig-run resultaten evenmin overgelegd.

juist is; Shell poogt hierdoor te voorkomen schadevergoeding te moeten betalen.⁸ Het gevolg hiervan is dat aan de stellingen van Shell dat ook in deze zaak sprake is van sabotage niet lichtvaardig geloof kan worden gehecht.

31. Oguru c.s. menen op grond hiervan dat zij het exceptieve verweer van Shell dat de lekkage het gevolg is geweest van sabotage voldoende gemotiveerd hebben betwist.
32. Het voorlopig oordeel van de rechtbank in het exhibitie-vonnis is vérstrekkend in de zin dat daarin niet slechts wordt geoordeeld dat de hiervoor gememoreerde stellingen van Oguru c.s. uit de dagvaarding onvoldoende betwisting inhouden van het verweer van Shell dat sprake is van sabotage; door dit oordeel van de rechtbank, beschikken Oguru c.s. thans niet over de bescheiden die van belang waren geweest voor het nader motiveren van hun betwisting. Daardoor hebben Oguru c.s. niet de mogelijkheid hun betwisting nader met (technische) gegevens, waarover uitsluitend Shell beschikt, te onderbouwen.
33. Het voorgaande leidt ertoe dat Oguru c.s. verder in deze conclusie van repliek de sabotage als oorzaak van de lekkage niet nader zullen betwisten dan zij hierboven en in eerdere stukken reeds hebben gedaan. Zij zullen hun stellingen dan ook verder dienovereenkomstig aanpassen aan het oordeel van de rechtbank (gegeven in het exhibitie-incident) dat de sabotage voor dit moment vaststaat. Uit het voorgaande moge blijken dat Oguru c.s. niet geacht kunnen worden hun standpunt omtrent de oorzaak van de lekkage, of de te dien aanzien geschonden zorgplicht te hebben prijsgegeven.
34. De stellingen betreffende achterstallig pijpleidingonderhoud vormden grondslag voor betwisting door Oguru c.s. dat de lekkage het gevolg is van sabotage (en een waarschijnlijke maar niet noodzakelijke andersluidende oorzaak van de lekkage). Ook die stellingen uit de dagvaarding dienen derhalve in deze conclusie van repliek als herhaald en ingelast te worden beschouwd.

2.1.3 Regie-aanwijzingen rechtbank en legal opinion

35. Op uitdrukkelijk verzoek van partijen heeft de rechtbank in het tussenvonnis een aantal heldere aanwijzingen gegeven voor het verdere verloop van de hoofdzaak. Oguru c.s. zullen voor zover mogelijk aan deze aanwijzingen voldoen.
36. Eisers hebben daartoe onder meer een legal opinion naar Nigeriaans recht verzocht aan Professor M.T. Ladan en Dr. R.T. Ako.⁹ Professor Ladan is een Full Chair Professor of Law in Nigeria.¹⁰ Hij is onder andere gespecialiseerd in ‘Human Rights and the Administration of Justice’. Dr. Ako is gespecialiseerd in ‘Environmental Rights and Sustainable Development’ in de Nigerdelta, met nadruk op de Nigeriaanse olie-industrie, ‘environmental human rights’ en ‘sustainable development’.¹¹ Zij bespreken in hun opinion voor de zaak relevante kwesties van Nigeriaans recht en gaan – zoals door de rechtbank verzocht – daarbij ook in op de door Oditah ingebrachte opinies.
37. Om een zo volledig mogelijk beeld te verkrijgen van het toepasselijke recht hebben eisers voorts een aanvullend rapport verzocht aan het Internationaal Juridisch Instituut. Het IJI heeft een literatuurstudie verricht en komt op grond daarvan tot een toelichting op een aantal aspecten van het Nigeriaanse en (voor zover daarop van invloed) Engelse recht.

⁸ Zie dagvaarding, par. 16.1.1 ‘Sabotage standaardverweer gedaagden’ en CvA 13 mei 2009, nr. 106.

⁹ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**).

¹⁰ Zie curriculum vitae Professor Muhammed Tawfiq Ladan (**productie L.2**).

¹¹ Zie curriculum vitae Dr. Rhuks Temitope Ako (**producti L.3**).

38. Eisers wijzen nog op het volgende. Oditah heeft bewust een *opinion* heeft geschreven en geen (onpartijdig) exposé over de actuele stand van het Nigeriaanse recht. Oditah heeft grote delen van het relevante recht, waaronder recente jurisprudentie in zijn opinie niet behandeld en daarmee een onvolledig beeld gegeven van het Nigeriaanse recht.
39. Met het overleggen van deze twee rapporten menen eisers te hebben voldaan aan het verzoek van de rechtbank om een opinie over het Nigeriaanse recht. Zij hechten er echter wel aan dat de rechtbank zich zelf een oordeel zal vormen over de inhoud van het Nigeriaanse recht. Ten aanzien de inhoud daarvan geldt uiteraard niet dat onvoldoende betwisting van het rapport van Oditah door eisers kan leiden tot het overnemen van diens standpunten.
40. Eisers zullen hun stellingen hierna onderbouwen naar Nigeriaans recht. Eisers hebben ervoor gekozen in de tekst de Engelse termen te hanteren; ten behoeve van de leesbaarheid is ervoor gekozen deze termen niet van een specifieke opmaak te voorzien.
41. Eisers verwijzen in deze conclusie van repliek net als professor Ladan en Dr. Ako in hun *opinion* geregeld naar Nigeriaanse en Engelse jurisprudentie. Hoewel dit uiteraard publiek beschikbare documenten zijn, die onderdeel vormen van het toepasselijke recht, zullen eisers desalniettemin deze jurisprudentie ter bediening van de rechtbank in het geding brengen, zodra zij deze van professor Ladan en Dr. Ako in een gangbaar formaat aangeleverd hebben gekregen.

2.1.4 Shell Holding: moederbedrijf van de Shell-groep

42. Deze conclusie van repliek wordt genomen in de zaak Oguru c.s. tegen Shell Nigeria (The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd.) en Shell Plc (Royal Dutch Shell Plc)¹² alsmede in de zaak Oguru c.s. tegen Shell Petroleum (Shell Petroleum N.V) en Shell T&T (The “Shell” Transport en Trading Company Ltd.).¹³
43. Shell Petroleum is in laatstgenoemde procedure gedagvaard als rechtsopvolger van De Koninklijke (N.V. Koninklijke Nederlandsche Petroleum Maatschappij). Alle aansprakelijkheid voor handelen van De Koninklijke rust thans op Shell Petroleum. In deze conclusie zal derhalve steeds de benaming Shell Petroleum worden gebruikt, ook waar het handelen van De Koninklijke betreft.
44. Shell Plc vormt thans de houdstermaatschappij van de tot de Shell-groep behorende ondernemingen. Volgens de eigen stellingen van Shell Plc in procedure 2009/0579 is dat het geval sinds 20 juli 2005; in het verleden (volgens de eigen stellingen van Shell Plc: tot 20 juli 2005) vormden Shell Petroleum en Shell T&T (de ‘oude moeders’) de houdstermaatschappijen van de tot de Shell-groep behorende ondernemingen.. Gezamenlijk worden Shell Plc, Shell Petroleum en Shell T&T in deze conclusie van repliek aangeduid als “Shell Holding”, waarmee niets anders wordt bedoeld dan het moederbedrijf van de Shell-groep.
45. Shell Petroleum en Shell T&T vormden voorafgaand aan de papieren transitie die Shell in juli 2005 doormaakte, gezamenlijk het moederbedrijf van de Shell-groep. Uitsluitend op papier waren deze bedrijven gescheiden. In praktijk opereerden ze, middels overlegorganen als de Committee of Managing Directors (CMD) en “The Conference”, exact hetzelfde als Shell Plc dat nu doet. Dit hebben eisers niet zelf verzonnen: het is rechtstreeks – en vrijwel letterlijk – afkomstig uit het boek Geschiedenis van Koninklijke Shell, een lijvig vierdelig boek¹⁴ waarvan

¹² Zaaknummer / rolnummer: 330891 / HA ZA 09-0579.

¹³ Zaaknummer / rolnummer: 365498 / HA ZA 10-1677.

¹⁴ Een aantal relevante pagina’s uit deze boeken zijn overgelegd als **productie H.3** en **productie H.6** bij de dagvaarding.

de auteurs de volledige medewerking van Shell zelf hadden en ook toegang tot vrijwel alle Shell-documenten die zij dienstig achtten.

46. Exact hetzelfde beeld van een als één bedrijf opererend concern komt naar voren uit de Group Governance Guide die door eisers is overgelegd bij dagvaarding (**productie E.1**). De stellingen die eisers uit deze GGG hebben overgenomen zijn door Shell nergens inhoudelijk betwist (niet bevreemdend aangezien het een intern Shell-document betreft). Eisers hebben specifieke en concrete stellingen aangevoerd over managementstructuren binnen de Shell-groep doch Shell heeft daar alleen enkele vage betwistingen tegenover gesteld.
47. Oguru c.s. verwijten de houdstermaatschappij van de Shell-groep dat deze zelfstandig onrechtmatig jegens Oguru c.s. heeft gehandeld. Aangezien Shell Petroleum en Shell T&T als een gezamenlijke houdstermaatschappij aan het hoofd van de Shell-groep stonden, treft dit verwijt van Oguru c.s. zowel Shell Petroleum als Shell T&T. Ten aanzien van dit verwijt kan, gezien de specifieke inrichting van de managementstructuur en de (louter) formele splitsing van de houdstermaatschappij in twee afzonderlijke entiteiten, geen onderscheid worden gemaakt tussen Shell Petroleum en Shell T&T. Gezamenlijk stonden zij “als één” aan het hoofd van de Shell-groep; dat zij daarvoor een – zelfs voor de professionele belegger¹⁵ – ingewikkelde managementstructuur hanteerden doet daaraan niet af Shell Petroleum en Shell T&T zijn derhalve beide aansprakelijk te achten voor de (gevolgen van de) door Oguru c.s. verweten gedragingen.
48. Het voorgaande betekent ook dat de CMD en The Conference, zijnde de bestuursorganen in de periode waarin Shell Petroleum en Shell T&T aan het hoofd van de Shell-groep stonden, door eisers terecht op één lijn gesteld met respectievelijk de Executive Committee en de Board zoals deze functioneren in de periode waarin Shell Plc aan het hoofd van de Shell-groep staat. Zoals aangegeven zijn de leden van de CMD al benoemd tot Executive Boardmember van Shell Plc in oktober 2004, toen men binnen de Shell-groep bezig was met de papieren overgang. Ook deze bestuurders (waaronder destijds Malcom Brinded en Jeroen van de Veer). Zo zijn ook de leden van The Conference, waaronder bijvoorbeeld Wim Kok, naadloos overgestapt naar de Board van Shell Plc. Er heeft dus de facto geen verandering plaatsgevonden in de werkwijze van de Shell-groep.
49. Het gevolg van deze constatering is primair dat Shell Petroleum en Shell T&T als lege hulzen zijn aan te merken in de Shell-structuur. Op die grond is Shell Plc aansprakelijkvoor de gedragingen waarvoor Shell Petroleum en Shell T&T anders aansprakelijk zouden zijn. Tot deze conclusie wordt gekomen aangezien Shell Petroleum en Shell T&T thans volledig onder controle staan van Shell Plc en zij in feite alleen maar bestaan voor het belang van Shell Plc. Daarmee is sprake van een situatie die naar Engels (en Nigeriaans) recht als ‘agency’-situatie wordt aangeduid, waarbij Shell Petroleum en Shell T&T de ‘agents’ zij van Shell Plc.
50. Bovendien maakt Shell Plc in de onderhavige procedure ten onrechte misbruik van de papieren transitie en het identiteitsverschil tussen de verschillende vennootschappen door haar aansprakelijkheid als moederbedrijf van het Shell-concern weg te wuiven.
51. Door de papieren transitie, het aanblijven van bestuurders en het volledig overgaan van de operaties en het gevoerde beleid op de nieuwe moedermaatschappij, is strikte scheiding van de ‘oude moeders’ en Shell Plc niet goed mogelijk. Aldus wordt de werkelijkheid genegeerd ten koste van een papieren constructie; het beroep van Shell Plc dient in rechte niet te worden gehonoreerd.

¹⁵ De door Shell genoemde reden van de papieren transitie naar de groep waar Shell Plc thans aan het hoofd staat.

52. Dat is te meer het geval aangezien het in onderhavige zaken gaat om doorlopende aansprakelijkheden voor reeds decennia bestaande nalatigheid van het moederbedrijf van het Shell-concern om adequaat te handelen bij haar olie-operaties in Nigeria.
53. Mocht dit primaire standpunt door uw rechtbank niet worden gevolgd, dan betekent dit dat Shell Petroleum en Shell T&T ook thans nog aan het hoofd van de Shell-groep staan en uit dien hoofde aansprakelijk zijn voor dezelfde gedragingen als waarvoor Shell Plc aansprakelijk is. In dat geval zal de rechtbank (in procedurenummer 330891 / HA ZA 09-0579) mogelijk niet kunnen oordelen dat Shell Plc aansprakelijk kan worden gehouden voor het ontstaan van de lekkage in onderhavige zaak maar slechts voor het niet adequaat reageren en saneren na de lekkage; ook de gebodsvorderingen kunnen tegen Shell Plc worden toegewezen. Alsdan zullen alle onderdelen van het petitum tegen Shell Petroleum en Shell T&T (in procedurenummer Zaaknummer / rolnummer: 365498 / HA ZA 10-1677) kunnen worden toegewezen omdat deze ook thans nog vanwege de structuur van de Shell-groep een zodanige kennis en zeggenschap hebben dat zij aansprakelijk zijn voor de gedragingen die aan het moederbedrijf van het Shell-concern worden toegeschreven.
54. Eisers zullen in het vervolg van deze repliek het moederbedrijf van de Shell-groep aanduiden als Shell Holding, onafhankelijk van de periode waarover zij spreken. Hiermee wordt gekozen voor een uniforme terminologie in deze conclusie van repliek. Hetzelfde geldt voor de Executive Committee en de Board of Directors. Deze termen zijn alle terug te vinden in de verklarende woordenlijst bij deze conclusie van repliek.

3 NIGERIAANS RECHT: VORDERINGSGERECHTIGHEID EISERS

3.1 Vorderingsrecht Oguru en Efanga

55. Het vorderingsrecht van Oguru en Efanga is gebaseerd op de schade die zij hebben geleden door het onrechtmatig handelen van Shell jegens hen. De olievervuiling heeft hun land en de zich daarop bevindende visvijvers en beplantingen beschadigd. Shell stelt dat Oguru en Efanga ontoereikend hebben gesteld dat zij vorderingsgerechtigd zijn.¹⁶ De rechtbank heeft in het exhibitie-vonnis geoordeeld dat Oguru en Efanga moeten onderbouwen dat zij ofwel als (exclusief) eigenaar hebben te gelden, ofwel dat de stellingen van Shell naar Nigeriaans recht onjuist zijn.¹⁷
56. Hieronder zullen eisers toelichten dat zij naar Nigeriaans recht een vorderingsrecht hebben op basis van de schade aan hun grond en gewassen door de olie. Daarbij zal tevens de onjuistheid van de stellingen van Shell aan de orde komen.

3.1.1 Land

57. De stelling van Shell dat '(exclusief) eigendom' een voorwaarde is om een schadeclaim in te kunnen stellen en dat daarom uitsluitend door de gemeenschap of familie een (representatieve) vordering ingesteld mag worden,¹⁸ is niet juist.¹⁹

¹⁶ CvA 13 mei 2009, nr. 100.

¹⁷ Exhibitie-vonnis rechtbank 's-Gravenhage 14 september 2011, r.o. 5.4.

¹⁸ CvA 13 mei 2009, nr. 100.

¹⁹ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nrs. 14-17 en 25.

58. Het Hooggerechtshof van Nigeria heeft in een recente zaak geoordeeld dat individuele leden van de gemeenschap of familie een vordering met betrekking tot (mogelijke) schade aan het eigendom (in de zin van ‘title’)²⁰ van de gemeenschap of familie kunnen instellen, met of zonder toestemming van de overige leden van de gemeenschap of familie:²¹

“It is good law that members of a family can sue in respect of family property. This was the position of the two Courts below and they are right. In *Dadi v. Garba* (1995) 8 NWLR (Pt. 411) 12, this Court held that a member of a family has capacity to sue to protect family property. Similarly in *Babayeju v. Chief Ashamu* (1998) 9 NWLR (Pt. 567) 546, this Court also held that any member of the family whose interest is threatened by the wrongful alienation or wrongful interference with the family property can sue to protect his interest whether with the consent or without the consent of the other members of the family, for if he does not act he may find himself being held to be standing by when his rights were being taken away. See also *Ugwu v. Agba* (1977) 10 SC, 27; *Melifonwu v. Egbuyi* (1982) 9SC; *Orogan v. Soremekun* (1986) 5 NWLR (Pt. 44) 688; *Olowosago v. Adebajo* (1988) 4 NWLR (Pt. 88) 275; *Odeneye v. Efunuga* (1970) 7 NWLR (Pt. 164) 618.”²²

59. Toen vervolgens de gedaagden in die zaak – evenals Shell in onderhavige zaak – aanvoerden dat de eisers in die zaak de vordering niet op grond van persoonlijke titel, maar op grond van representatieve titel hadden moeten instellen, oordeelde het Hooggerechtshof:

“The case [*Ekipendu v. Erika*], which dealt with the alienation of family property, cannot be authority for suing on family property.”²³

60. Het Hooggeerechtshof verwoordt hier een belangrijk onderscheid dat door Shell en Oditah wordt genegeerd. Er bestaat een verschil tussen het voeren van een zaak in ‘land matters’ en een zaak gebaseerd op ‘protecting family property’. Bij ‘land matters’ gaat het bijvoorbeeld gaat om twee leden van een gemeenschap of familie die beiden recht menen te hebben op een bepaald stuk land of om de verkoop van land aan een derde zonder toestemming van de overige (vooraanstaande) leden van gemeenschap of familie (‘alienation of family property’).²⁴ Bij ‘suing in respect of family property’ gaat het bijvoorbeeld om een verzoek om schadevergoeding jegens een derde, op grond van bescherming tegen ongeoorloofde inmenging in (familie/gemeenschaps-) land.

²⁰ Eisers zullen hieronder in hoofdstuk 4.2 enkele kanttekeningen zetten bij het gebruik van het woord ‘eigendom’ door Shell.

²¹ Eisers wijzen voor de duidelijkheid naar hetgeen Oditah heeft besproken omtrent de toepasselijkheid van dezelfde (juridische) principes ten aanzien van familie- en gemeenschapsland (legal opinion Oditah inzake Oguru, nr. 11: “family land is certainly not the same thing as communal land, but the principles are the same.”).

²² Supreme Court of Nigeria, *Mozie c.s. v. Mbamalu c.s.* (14 juli 2006), S.C. 345/2001, beschikbaar op: <<http://www.nigeria-law.org/Dr%20Augustine%20N.%20Mozie%20%20%20ors%20v%20Chike%20Mbamalu%20%20%20ors.htm>>.

²³ Supreme Court of Nigeria, *Mozie c.s. v. Mbamalu c.s.* (14 juli 2006), S.C. 345/2001, beschikbaar op: <<http://www.nigeria-law.org/Dr%20Augustine%20N.%20Mozie%20%20%20ors%20v%20Chike%20Mbamalu%20%20%20ors.htm>>. Het is een van de kenmerken van *common law*, dat weliswaar sprake is van *stare decisis*, maar dat dan wel sprake moet zijn van hetzelfde soort zaken. Daarnaast kan de rechter ook een onderscheid maken, door te bepalen dat de feiten in een later geval anders liggen dan de in het precedent neergelegde regel daarop niet van toepassing is.

²⁴ Zie Oditah, opinion d.d. 19 oktober 2010, nrs. 3-11.

61. Wanneer een vordering wordt ingesteld die eigendom (in de zin van ‘title’) als voornaamst onderwerp heeft, zoals in ‘land matters’,²⁵ gelden specifieke regels om een dergelijk ‘title’ te bewijzen.²⁶ Het bewijzen van een ‘title’ is echter niet noodzakelijk bij een vordering om het land te beschermen (‘right to protect’),²⁷ waarin bijvoorbeeld gevraagd wordt om een ‘declaration for entitlement to receive compensation’, zoals eisers in onderhavige zaak.

62. Dat onderscheid volgt onder andere uit de recente uitspraak van het Hooggerechtshof van Nigeria, inzake *Ibator c.s. v. Barakuro c.s.*²⁸ In die zaak hadden drie families schadevergoeding gevorderd van de Nigerian Agip Oil Company Limited, vanwege olievervuiling op hun land. De vordering werd door de rechter in eerste aanleg toegewezen: Agip moest de drie families schadevergoeding betalen. Eén familie ging in hoger beroep tegen deze uitspraak, omdat zij ‘sole exclusive owners in possession of the land involved’ waren, terwijl de andere families slechts ‘customary tenants’ waren. Zowel het Hof als het Hooggerechtshof wezen deze vordering af:

“Learned appellants’ counsel has argued wrongly, that the court below was wrong in holding that where the claim to compensation is between rival claiming the land, the proper issue for determination is entitlement to compensation and not title. (...)

Thus, in the absence of any claim for declaration of title in the present case, the learned trial judge was right in resisting any attempt of being dragged into the issue in his judgment, which was affirmed, by the court below. Therefore on the state of pleadings and evidence adduced by the parties at the trial court, I see no reason whatsoever to interfere with the concurrent findings of fact by the two lower courts on the question of whether or not issue of claim of title to the land, the subject of payment of compensation, was in issue. Issue of claim of title was certainly not before the trial court and the learned trial judge was quite right in not considering and, determining that issue in his judgment. This puts to rest first issue for determination in this appeal.”²⁹

63. Uit deze uitspraak blijkt dat zaken waar het om schadevergoeding gaat, niet hetzelfde zijn als zaken waar een vordering van titel gevraagd wordt.³⁰ Noch eisers, noch gedaagden gedaagden in onderhavige zaak vragen de rechtbank uit te spreken dat zij een titel hebben op het betreffende land. Het gaat in deze zaak om een (verklaring voor recht dat gedaagden aansprakelijk zijn tot betaling van een later vast te stellen) schadevergoeding vanwege door een olie lekkage geleden schade.

²⁵ Oditah haalt een grote hoeveelheid zaken aan die betrekking hebben op ‘land matters’. Hetzelfde geldt voor de andere door Oditah aangehaalde groep zaken, de zogenaamde ‘chief matters’, waarbij het gaat om geschillen die betrekking hebben op de vraag wie ‘chief’ moet worden van een bepaalde gemeenschap of familie. Ook voor dat soort zaken is een specifieke toestemming nodig van de gehele gemeenschap.

²⁶ Zie de jurisprudentie van Oditah, Supreme Court of Nigeria, *Ewo v. Ani* [2004] 3 NWLR, p. 615: “The five ways by which title to land may be proved are as follows: (a) by traditional evidence; (b) by production of documents of title; (c) by acts of a person or persons claiming the land such as selling leasing, renting out or farming on it; (d) by acts of long possession and enjoyment of the land; and (e) by proof of possession of connected or adjacent land.”

²⁷ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nrs. 15-17.

²⁸ Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 23.

²⁹ Supreme Court of Nigeria, *Ibator c.s. v. Barakuro c.s.* (13 april 2007), S.C. 243/2001, beschikbaar op: <http://www.nigeria-law.org/Elemchukwu%20%20Ibator%20%20Ors%20v%20Chief%20Beli%20Barakuro%20%20Ors.htm>. Deze zaak speelde overigens in Bayelsa State.

³⁰ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nrs. 12-13.

64. Daarnaast blijkt uit deze uitspraak dat het wel of niet hebben van een titel niet noodzakelijk is voor de toewijzing van compensatie.³¹ Immers, de drie families in de oorspronkelijke zaak hebben niet hoeven aantonen dat zij ‘sole exclusive owners in possession of the land involved’ waren, om een schadevergoeding toegewezen te krijgen.
65. Eisers concluderen ten aanzien van hun vordering die gebaseerd is op schade aan hun land, dat het niet noodzakelijk is ‘(exclusief) eigendom’ aan te tonen. Het staat eisers daarom naar Nigeriaans recht vrij een verklaring voor recht te vragen dat jegens hen onrechtmatig is gehandeld ten aanzien van het land dat zij gebruikten en bezetten, ongeacht de status van dit land.

3.1.2 Visvijvers en beplantingen

66. Ten aanzien van de visvijvers en beplantingen stelt Shell dat in het Nigeriaans recht geen eigen vorderingsrecht gebaseerd kan worden op visvijvers (inclusief vissen) en beplantingen. Deze stelling is onjuist.
67. Ten eerste kan afgeleid worden uit de Nigeriaanse wet dat er een verschil bestaat tussen schade aan land en schade aan zaken die op het land zijn aangebracht. Artikel 20(2) van de Oil Pipelines Act maakt onderscheid tussen mogelijke vorderingen die tegen de operator van een pijpleiding kunnen worden ingesteld:

“If a claim is made under subsection (5) of section 11 the court shall award such compensation as it considers just having regard to -

a. any damage done to any buildings, crops or profitable trees by the holder of the licence in the exercise of the rights conferred by the licence; and (...)

e. loss (if any) in value of the land or interests in land by reason of the exercise of the rights as aforesaid.”

68. Dit onderscheid wordt in de jurisprudentie gehandhaafd.³² In de hierboven genoemde zaak van *Ibator c.s. v. Barakuro c.s.* wordt door het Hooggerechtshof een onderscheid gemaakt tussen schade aan land en schade aan ‘crops, fish ponds and economic trees’:³³

“Title to or ownership of the land in question is quite distinct and different from ownership of crops etc said to have been damaged on the land by the oil prospecting activities of the 5th respondent. The position in law is that it is possible for a tenant on or an occupier of a parcel of land to successfully claim damages for his properties, including farm crops, damaged on the land. He needs not prove title to such land before he could succeed. All he needs to establish is that his property on the land was damaged.”³⁴

³¹ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nrs. 23-24.

³² Oditah miskent dit onderscheid in zijn opinions. Zo voert hij een zaak aan die betrekking heeft op visrechten in een aan de gemeenschappen grenzend meer (‘lake’) (*Ebimotureh v. Inekembagha* (1998) 3 NWLR (pt 543) 548 at 557F-558E). Visrechten in een natuurlijk meer kunnen niet vergeleken worden met een zelf gegraven visvijver. De andere zaak die Oditah in dit kader noemt betreft een zaak tussen de AG’s van de verschillende Staten tegen de federale AG. Het gaat in die zaak kort gezegd om een geschil betreffende distributie van fondsen van de Federal Account op basis van ‘natural resources’. Daarbij is de door de verschillende deelstaten opgeworpen vraag in hoeverre de zee behoort tot de ‘natural resources’ van de aangrenzende deelstaat. De vraag of ‘zee’ behoort tot natural resources heeft niet veel van doen met een zelf gegraven visvijver.

³³ Zie bijvoorbeeld ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 24, met betrekking tot zogenaamde ‘fish traps’.

³⁴ Zie Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nrs. 10-13; Supreme Court of Nigeria, *Ibator c.s. v. Barakuro c.s.* (13 april 2007), S.C. 243/2001, beschikbaar op:

69. Ook ten aanzien van vorderingen gebaseerd op visvijvers en beplantingen geldt dus dat ongeacht de hoedanigheid van het land (familie/gemeenschapsland), het niet de gemeenschap of de familie is die een vordering moet instellen, maar de individuen die dat land verbouwen of die de visvijvers hebben aangelegd. In de zaak *Mon v. Shell-BP*, bijvoorbeeld, “[t]he judge made clear that a community could not sue jointly in respect of damaged fish ponds.”³⁵
70. Professor Frynas, die voor zijn boek *Oil in Nigeria* 68 rechtszaken die geschillen omtrent olie lekkages betreffen heeft bestudeerd, komt tot de volgende conclusie:
- “Where the farmland is under cultivation, the individuals who farm the area have exclusive rights over the trees. Under customary law, trees grown on individual landholdings generally belong to the individuals who farm the land.”³⁶
71. De stelling van Shell dat land alle daarop bevindende gewassen, bomen en visvijvers omvat,³⁷ is derhalve niet juist. Er bestaat een duidelijk onderscheid tussen land, en zaken die op dat land zijn aangebracht. Aan eisers komt een vorderingsrecht toe door de vernietiging van hun visvijvers, zich daarin bevindende vissen, beplantingen en gewassen.

3.2 ‘Title to land’ Oguru en Efanga

72. Meer subsidiair merken eisers nog op dat voor Oguru en Efanga wel degelijk een ‘title to land’ bestaat. Zelfs als dit noodzakelijk zou zijn voor het instellen van een vordering, dan komt hen nog steeds een vorderingsrecht toe.
73. Het Nigeriaanse eigendomsrecht is ingewikkeld en kent een groot onderscheid tussen de papieren constructie en de daadwerkelijke situatie, welke ook in recht wordt erkend. Op grond van artikel 1 van de Land Use Act van 1978, is al het land in Nigeria eigendom van de Gouverneur van de betreffende Staat:
- “Subject to the provisions of this Act, all land comprised in the territory of each State in the Federation are hereby vested in the Governor of that State and such land shall be held in trust and administered for the use and common benefit of all Nigerians in accordance with the provisions of this Act.”³⁸
74. Het Hoogste Gerechtshof van Nigeria (*Supreme Court of Nigeria*) heeft beslist:
- “(1) That the Land Use Act has removed the radical title in land from individual Nigerians, families, and communities and vested the same in the governor of each state of the federation in the federation in trust for the use and benefit of all Nigerians (leaving individuals, etc., with ‘rights of occupancy’); and
- (2) That the Act has also removed the control and management of lands from family and community heads/chiefs and vested the same in the governors of each state of the federation (in the case of urban lands) and in the appropriate local government (in the case of rural lands).”³⁹

<<http://www.nigeria-law.org/Elemchukwu%20%20Ibator%20&%20Ors%20v%20Chief%20Beli%20Barakuro%20&%20Ors.htm>>.

³⁵ J.G. Frynas, ‘Oil in Nigeria: Conflict and Litigation between Oil Companies and Village Communities’ (Hamburg: LIT, 2000) (**productie L.6**), p. 204.

³⁶ Frynas (**productie L.6**), p. 204.

³⁷ CvA 13 mei 2009, nr. 100.

³⁸ Land Use Act van 1978, beschikbaar op <http://www.nigeria-law.org/Land%20Use%20Act.htm>. Zie ook Rapport IJI (**productie L.4**), p. 31.

³⁹ Supreme Court of Nigeria, *Abioye v. Yakubu* [1991] 5 NWLR (pt 190) 130 (SCN)

75. De Gouverneur van deelstaat Bayelsa State is op papier derhalve eigenaar van het land van Oguru en Efanga. Aangezien het in onderhavige zaak ‘rural’ land betreft (land dat niet stedelijk is), ligt de ‘control and management’ van het land in handen van de ‘local government’ van Bayelsa State.
76. De Gouverneur kan vervolgens een ‘(customary) right of occupancy’ verlenen aan individuen of organisaties, bijvoorbeeld voor het ver- of bebouwen van het land.⁴⁰ Het individu of de organisatie aan wie dit recht van occupancy is verleend – de ‘occupier’ – heeft daarna ‘exclusive rights’ over het land.⁴¹ Onder ‘occupier’ wordt verstaan:
- “any person lawfully occupying land under customary law and a person using or occupying land in accordance with customary law and includes the sub-under lessee of a holder”.⁴²
77. Het begrip individueel eigendom bestaat derhalve niet langer in het Nigeriaanse recht. In plaats daarvan is er enkel nog sprake van “possession, use and/or occupation”.⁴³ De stelling van Shell dat in beginsel de gemeenschap eigendom heeft over land⁴⁴ is derhalve onjuist⁴⁵ en de situatie is niet zo eenduidig als Shell en Oditah doen voorkomen.
78. Onbetwist is dat eisers Oguru en Efanga het land op grond waarvan zij hun vorderingen hebben ingesteld bezetten (‘occupy’) en gebruiken (‘use’). Oguru en Efanga hebben schade geleden en lijden nog steeds schade door de olie lekkage en de inadequate sanering daarvan.
79. Op grond van de Nigeriaanse Evidence Act, artikel 146, rust de bewijslast op Shell om te bewijzen dat de grond die Oguru en Efanga ‘in possession’ hebben, niet in hun ‘possession’ is:
- “When the question is whether any person is owner of anything of which he is shown to be in possession, the burden of the proving that he is not the owner is on the person who affirms that he is not the owner.”⁴⁶
80. De stelling van Shell dat “Indien Oguru en Efanga hun pretense eigendomsrechten niet (kunnen) bewijzen, moeten hun vorderingen reeds op deze grond stranden” is niet juist en dient te worden verworpen.
81. Oguru en Efanga hebben derhalve een vorderingsrecht vanwege schade aan het land dat zij bezetten en gebruiken.

3.3 Vorderingsrecht Milieudefensie

82. In het exhibitie-incident is de ontvankelijkheid van Milieudefensie uitgebreid aan de orde gekomen. Zowel Shell als eisers hebben stellingen ingenomen en deze toegelicht. Uw rechtbank heeft op 14 september 2011 Milieudefensie (voorlopig) ontvankelijk geacht in haar vorderingen.⁴⁷ Uw rechtbank kwam tot deze conclusie op grond van de overwegingen dat

⁴⁰ Land Use Act van 1978, artikel 5 en 6. Zie ook Rapport IJI (**productie L.4**), pp. 32-33.

⁴¹ Land Use Act van 1978, artikel 14: “Subject to the other provision of this Act and of any laws relating to way leaves, to prospecting for minerals or mineral oils or to mining or to oil pipelines and subject to the terms and conditions of any contract made under section, the occupier shall have exclusive rights to the land the subject of the statutory right of occupancy against all persons other than the Governor.”

⁴² Land Use Act van 1978, artikel 51.

⁴³ Rapport IJI (**productie L.4**), pp. 29-36.

⁴⁴ CvA 13 mei 2009, nr. 100.

⁴⁵ Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 25.

⁴⁶ Nigeriaanse Evidence Act, artikel 146.

⁴⁷ Tussenvonnis rechtbank ’s-Gravenhage 14 september 2011, r.o. 4.4-4.5.

artikel 3:305a BW een regel van Nederlands procesrecht is en dat aan de vereisten van 3:305a BW is voldaan.

83. Milieudefensie verzoekt de rechtbank de stellingen die zij in het exhibitie-incident heeft ingenomen als herhaald en ingelast te beschouwen. Voor de volledigheid zal Milieudefensie haar stellingen hieronder kort herhalen.
84. Milieudefensie stelt dat haar ontvankelijkheid in een collectieve vordering als een procesrechtelijke vraag beschouwd moet worden, die naar de *lex fori* beoordeeld dient te worden.⁴⁸ In tegenstelling tot hetgeen Shell stelt, is artikel 7 sub f WCOD niet van toepassing op Milieudefensie en duidt de plaats van artikel 3:305a in titel 11 van Boek 3 BW op het feit dat de ontvankelijkheid van een collectieve actie een procesrechtelijke kwestie betreft.
85. Milieudefensie voldoet daarnaast aan alle vereisten van artikel 3:305a BW. Er is geen sprake van individuele belangenbehartiging en het is niet ongebruikelijk dat in een procedure als onderhavige naast een individu ook een belangenorganisatie optreedt. In tegenstelling tot hetgeen Shell stelt, behelst artikel 3:305a BW niet de eis van het lokale belang. Tot slot kan Milieudefensie op grond van haar statuten en, voor zover nodig, haar feitelijke werkzaamheden optreden ter bescherming van het milieu nabij Oruma.
86. Milieudefensie concludeert dat zij op grond van het Nederlandse recht ontvankelijk is in haar vordering. Voor zover nodig behoudt Milieudefensie zich het recht voor inhoudelijk te reageren op eventuele door Shell in Conclusie van Dupliek in te nemen nieuwe stellingen.
87. Tot slot gaat Milieudefensie nog kort in op het Nigeriaanse recht. Ook onder Nigeriaans recht is het mogelijk als organisatie een vordering in te stellen om een algemeen belang te behartigen. Voorwaarde is dat de organisatie die de belangen behartigt een gemeenschappelijk belang vertegenwoordigt en de procedure tot voordeel strekt voor hen die de organisatie vertegenwoordigt.⁴⁹ Aan deze beide vereisten is voldaan.
88. De stelling van Oditah dat het niet mogelijk is een representatieve actie in te stellen voor algemeen belang-zaken of op ideologische gronden,⁵⁰ is achterhaald. De ‘Fundamental Human Rights Rules’⁵¹ erkennen zowel voor individuen als voor groepen het fundamentele recht toegang te hebben tot ‘environmental justice’. Deze regels liberaliseren de voorwaarde van locus standi in de context van milieuzaken. Om dit te bewerkstelligen mogen vorderingen gebaseerd op het afdwingen van mensenrechten gebracht worden door:
 - “a) anyone acting in his own interest; or
 - b) anyone acting on behalf others;
 - c) or anyone acting in public interest;
 - d) or any association acting in the interest of its members or others.”⁵²
89. Milieudefensie concludeert dat zij ook naar Nigeriaans recht bevoegd is een algemeen belang-vordering in te stellen.

⁴⁸ CvR in het Exhibitie-incident 8 september 2010, nrs. 113-128.

⁴⁹ Rapport IJI (**productie L.4**), p. 37.

⁵⁰ Oditah (inzake Akpan), nrs. 29-30.

⁵¹ Enacted by the Chief Justice of Nigeria pursuant to section 46(3) of the 1999 Nigerian Constitution.

⁵² Preamble – Artikel 3(a)-(e) Fundamental Rights (Enforcement Procedure Rules), 2009 (cursivering toegevoegd), zie Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 21.

4 NIGERIAANS RECHT: ONRECHTMATIGE DAAD / TORTS

90. In dit hoofdstuk zal een samenvatting worden gegeven van het Nigeriaanse recht ten aanzien van de onrechtmatige daad, voor zover voor deze zaak relevant. In dit hoofdstuk wordt verwezen naar de opinie van Ladan en Ako, het rapport van het Internationaal Juridisch Instituut en relevante jurisprudentie en literatuur.
91. Het Nigeriaanse recht wordt gekenmerkt door rechtspluralisme. De bronnen van Nigeriaans recht zijn: Engels recht, Nigeriaanse wetgeving, jurisprudentie, handboeken, 'law reports', gewoonterecht, internationaal recht en Islamitisch recht.⁵³
92. Het Engelse recht is dus een van de hoofdbronnen van Nigeriaans recht. Dit Engelse recht bestaat uit "the common law of England and the doctrines of equity, together with the statutes of general application that were in force in England on the 1st day of January, 1900".⁵⁴ De Nigeriaanse rechters zijn weliswaar niet formeel gebonden aan de hedendaagse Engelse jurisprudentie, maar deze uitspraken zijn wel een belangrijk leidraad voor de Nigeriaanse rechtbanken en worden gevolgd.⁵⁵
93. Het Nigeriaanse onrechtmatige daadsrecht is afkomstig uit het (oude) Engelse recht en maakt thans onderdeel uit van het federale recht van Nigeria.⁵⁶ Federaal recht is van toepassing binnen alle deelstaten.⁵⁷
94. Hieronder zullen eisers de onrechtmatige daad van nalatigheid ('tort of negligence'), hinder ('tort of nuisance') en inbreuk op een zaak ('tort of trespass to chattel') en naar Nigeriaans recht toelichten en kort ingaan op aansprakelijkheid op grond van de regel in '*Rylands v. Fletcher*'.

4.1 'Tort of negligence'

95. 'Negligence', zo heeft het Nigeriaanse Hooggerechtshof vastgesteld, is een nalaten of falen om iets te doen, terwijl een redelijk mens onder vergelijkbare omstandigheden dat wel zou doen, of het doen van iets dat een redelijk mens onder vergelijkbare omstandigheden niet zou doen.⁵⁸
96. Een 'tort of negligence' naar Nigeriaans recht is opgebouwd uit drie elementen.⁵⁹
 1. Er moet sprake zijn van een zorgplicht ('duty of care') van de gedaagde jegens de eiser;
 2. de gedaagde moet deze zorgplicht geschonden hebben; en
 3. de eiser moet als resultaat van die schending schade geleden hebben.
97. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een tort of negligence naar Nigeriaans recht zijn alle feiten en omstandigheden van het geval van belang.⁶⁰ Het Nigeriaanse Hooggerechtshof heeft in dit verband opgemerkt:

⁵³ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nrs. 3-6; Rapport IJI (**productie L.4**), pp. 2-3.

⁵⁴ Interpretation Act Chapter 192 Laws of the Federation of Nigeria, 1990, section 32 (1).

⁵⁵ Rapport IJI (**productie L.4**), p. 7.

⁵⁶ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**)

⁵⁷ Interpretation Act Chapter 192 Laws of the Federation of Nigeria, 1990, section 31 (2).

⁵⁸ Supreme Court of Nigeria 6 juni 2008, *Abubakar v. Joseph* [2008] 13 NWLR, p. 316, nr. 12 [corp exhibit 1 bij Oditah inzake Oguru]: "Negligence is the omission or failure to do something which a reasonable man under similar circumstances would do, or the doing of something which a reasonable man would not do."

⁵⁹ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 26; Supreme Court of Nigeria 6 juni 2008, *Abubakar v. Joseph* [2008] 13 NWLR, p. 317, nr. 14 [corp exhibit 1 bij Oditah inzake Oguru].

“what amounts to negligence is a question of fact not law and each case must be decided in the light of its own facts and circumstances”.⁶¹

4.2 Het bestaan van een duty of care

98. Een essentieel onderdeel van de tort of negligence is de duty of care of zorgplicht. In tegenstelling tot de ‘duty fixed by the law’, is de duty of care uit de tort of negligence niet rechtstreeks op een wettelijke bepaling. Een wettelijke bepaling die een plicht behelst kan duty of care wel invullen.⁶²
99. De drie elementen die onderdeel zijn van de duty of care zijn benoemd in de zaak van *Caparo Industries Plc v. Dickman* en worden tezamen derhalve ook wel als de Caparo-test aangeduid:⁶³
- a. ‘the harm must be reasonably foreseeable’;
 - b. ‘there has to be proximity between the claimant and the defendant’;
 - c. ‘imposing a duty of care has to be fair, just, and reasonable’.

4.2.1 Voorzienbaarheid

100. Ten eerste dient de schade die zou optreden als de zorgplicht wordt geschonden voor een redelijk mens voorzienbaar te zijn. Wanneer schade eenmaal voorzienbaar is, is de gedaagde – mits ook aan de overige voorwaarden is voldaan – aansprakelijk voor alle directe consequenties van zijn daad. Deze aansprakelijkheid strekt zich dan dus ook uit tot consequenties die in eerste instantie niet voorzienbaar waren.⁶⁴

4.2.2 Proximity

101. Het tweede onderdeel van de Caparo-test, de proximity verdient nadere aandacht. Proximity betreft niet geografische nabijheid (‘simple physical proximity’), maar de relatie tussen beide partijen.⁶⁵ Het moet gaan om “such close and direct relations that the act complained of directly affects a person whom the person alleged to be bound to take care would know would be directly affected by his careless act”.⁶⁶ Dit sluit niet uit, dat een gedaagde als derde-partij verantwoordelijk kan worden gehouden voor schade die door zijn toedoen of nalaten is ontstaan. De omstandigheden waaronder dit het geval is, zullen hieronder worden uiteengezet.

⁶⁰ Supreme Court of Nigeria, *Universal Trust Bank of Nigeria v. Ozoemena* (26 januari 2007), beschikbaar op: <<http://www.nigeria-law.org/Universal%20Trust%20Bank%20of%20Nigeria%20V%20Fidelia%20Ozoemena.htm>>; zie ook: *Kalla v. Jarmakans Transport Ltd* (1961) All NLR 747; *Ngilari v. Mothercart Ltd* (1999) 13 NWLR (pt. 636) 626.

⁶¹ *Kalla v. Jarmakansm Transport Ltd* [1961] All NLR 747; *Ngilari v. Mothercart Ltd* [1999] 13 NWLR 626

⁶² Het Nigeriaans recht gaat hier van de Engelse jurisprudentie uit en volgt ook de invulling daarvan; zie Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 50.

⁶³ *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] UKHL 2. Zie ook Rapport IJI (**productie L.1**), p. 12 “the so-called Caparo three requirements now provide the basic criteria for a duty of care, and are applicable to all fields of potential liability in negligence though the individual circumstances may dedicate their interpretation and application.”

⁶⁴ *Re Polemis* (1921) 3 K.B. 560: “Once damage is foreseeable, the defendant is liable for all direct consequences of his act, whether those consequences are foreseeable or not.” zie Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), 31.

⁶⁵ House of Lords, *Caparo Industries Plc v. Dickman* [1990] 2 A.C. 605.

⁶⁶ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 27; House of Lords, *Donoghue v. Stevenson* [1932] A.C. 562, 581, per Lord Atkin.

4.2.2.1 Schade veroorzaakt door derden

102. Hoewel uiteraard geen aansprakelijkheid bestaat voor *elk* nalaten dat schade bij een derde tot gevolg heeft, zijn er naar Nigeriaans recht omstandigheden die leiden tot de zorgplicht om schade aan derden te voorkomen.⁶⁷
103. Ook Oditah signaleert dat er in geval van omissies alsnog aansprakelijkheid kan volgen uit “contract, statute or some other pre-tort relationship”.⁶⁸ Oditah gaat vervolgens echter niet in op deze gronden voor aansprakelijkheid en constateert zonder toelichting of onderbouwing dat er van een dergelijke uitzondering in deze zaak geen sprake is.⁶⁹ Dat is onjuist.
104. In het standaardarrest *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* identificeerde Lord Goff vier omstandigheden waaronder een zorgplicht zich kan uitstrekken tot een partij die niet voorkomt dat schade wordt toegebracht aan een derde (zie ook *Chandler v. Cape*):⁷⁰
 - a. Wanneer er sprake is van een bijzondere relatie tussen gedaagde en de derde, gebaseerd op het opleggen op of aannemen van verantwoordelijkheid door gedaagde;
 - b. Wanneer er sprake is van een bijzondere relatie tussen gedaagde en de derde gebaseerd op controle van die derde door gedaagde;
 - c. Wanneer gedaagde verantwoordelijk is voor het ontstaan van een gevaarlijke situatie die door een derde kan worden uitgebuit en zo tot schade kan leiden;
 - d. Wanneer gedaagde verantwoordelijk is het niet voorkomen van schade die is ontstaan als gevolg van (voorzienbaar) handelen door derden.⁷¹
105. Bij deze beoordeling zijn wederom alle omstandigheden van het geval van belang.⁷² Het is niet zo – zoals hierboven reeds werd uiteengezet – dat het feit dat Shell Holding houdstermaatschappij is van Shell Nigeria, reeds tot een zorgplicht leidt voor Shell Holding.⁷³ Omgekeerd is het echter ook niet zo, dat het feit dat Shell Holding en Shell Nigeria formeel gescheiden bedrijven zijn, tot gevolg heeft dat op Shell Holding – ongeacht de aansprakelijkheid van Shell Nigeria – niet ook een zorgplicht zou kunnen rusten. De vraag, of er in dit bijzondere geval een zorgplicht rust op Shell Holding hangt – net als voor Shell Nigeria – af van de specifieke feitelijke omstandigheden die aan de hand van de Caparo-test moeten worden beoordeeld. Zulks is recent nog expliciet overwogen in *Chandler v. Cape Plc*.⁷⁴
106. Een speciale relatie tussen partijen kan ten eerste bestaan wanneer op gedaagde een bijzondere verantwoordelijkheid rust omdat hij deze vrijwillig op zich heeft genomen.⁷⁵ Naast ‘voluntary responsibility’ kan er sprake zijn van ‘imposed responsibility’. Verantwoordelijkheid kan derhalve ook voortvloeien uit bijvoorbeeld beleid of regelgeving.

⁶⁷ Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr.32.

⁶⁸ Oditah (inzake Akpan), nr. 60.

⁶⁹ Oditah (inzake Akpan), nr. 61.

⁷⁰ *Chandler v. Cape plc* [2011] EWHC 951 (QB), r.o. 64-65.

⁷¹ Zie ook V. Bermingham, *Tort in a nutshell* (Londen, Sweet & Maxwell: 2005), p. 30.

⁷² Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 26; zie ook *U.T.B. (Nig.) v. Ozoemena* (2007) 3 NWLR (Pt.1022) 488.

⁷³ *Adams and others v. Cape industries plc & another* [1991] 1 AER 929.

⁷⁴ *Chandler v. Cape plc* [2011] EWHC 951 (QB), r.o. 64-65; zie hierover ook de Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nrs. 41-45.

⁷⁵ Lord Goff, *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* [1987] 1 A.C., p. 272D-E: “A duty of care may arise from a relationship between the parties, which gives rise to an imposition or assumption of responsibility upon or by the defender”.

107. Aansprakelijkheid kan voorts gebaseerd zijn op een relatie tussen gedaagde en de derde, waarbij gedaagde over deze derde een mate van controle uitoefent. Voorbeelden hiervan zijn werkgever en werknemer, eigenaar en bezoeker, gevangenisbewaarder en gevangene en ouder en kind. De relatie tussen Shell Holding en Shell Nigeria is er, naar eisers hebben uiteengezet, een van sturing, dus indirecte controle. Om die reden is ervoor gekozen dit criterium van Lord Goff in de volgende hoofdstukken niet nader te behandelen. De mogelijkheid van sturing door Shell Holding komt wel aan de orde bij de bespreking van de overige criteria.
108. De derde omstandigheid waaronder iemand verantwoordelijk kan worden gehouden voor schade bij derden, betreft die waarin gedaagde verantwoordelijk is voor het laten ontstaan van een gevaarlijke situatie – waarbij het werkelijke gevaar dat tot schade heeft geleid, door een derde kan zijn veroorzaakt.⁷⁶ In de woorden van Lord Goff:
- “an occupier who negligently causes or permits a source of danger to be created on his land, and can reasonably foresee that third parties may trespass on his land and, interfering with the source of danger, may spark it off, thereby causing damage to the person or property of those in the vicinity, should be held liable to such a person for damage so caused to him.”⁷⁷
109. Lord Goff bespreekt in het bijzonder de mogelijkheid van brandgevaar een groot gevaar is voor schade aan aangelegen gebieden – net als bij olielekages:
- “Suppose that a person is deputed to buy a substantial quantity of fireworks for a village fireworks display on Guy Fawkes night. He stores them, as usual, in an unlocked garden shed abutting onto a neighbouring house. It is well known that he does this. Mischievous boys from the village enter as trespassers and, playing with the fireworks, cause a serious fire which spreads to and burns down the neighbouring house. Liability might well be imposed in such a case; for, having regard to the dangerous and tempting nature of fireworks, interference by naughty children was the very thing which, in the circumstances, the purchaser of the fireworks ought to have guarded against.”⁷⁸
110. Het vierde door Lord Goff omschreven geval, waarin een gedaagde weet of kan weten dat derden geregeld een gevaarlijke situatie doen ontstaan en de gedaagde bij machte is dat te voorkomen, maar nalaat adequaat op te treden:
- “If, for example, an occupier of property has knowledge, or means of knowledge, that intruders are in the habit of trespassing upon his property and starting fires there, thereby creating a risk that fire may spread to and damage neighbouring property, a duty to take reasonable steps to prevent such damage may be held to fall upon him. He could, for example, take reasonable steps to keep the intruders out. He could also inform the police; or he could warn his neighbours and invite their assistance. If the defender is a person of substantial means, for example a large public company, he might even be expected to employ some agency to keep a watch on the premises.”⁷⁹
111. Het kenmerkende verschil tussen de derde en de vierde situatie waarin volgens Lord Goff aansprakelijkheid bestaat, is dus het volgende. In de derde situatie is sprake van een door

⁷⁶ Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 32 en nrs. 33-36.

⁷⁷ Lord Goff, *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* [1987] 1 A.C., p. 273E-G.

⁷⁸ *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* [1987] 1 A.C., p. 273G-274B.

⁷⁹ Lord Goff, *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* [1987] 1 A.C., p. 274E-G. Deze situatie vindt zijn oorsprong in de zaak van *Goldman v. Hargrave* [1967] 1 A.C. 645, 663-664. Lord Wilberforce zei in die zaak: “one may say in general terms that the existence of a duty must be based upon a hazard, ability to foresee the consequences of not checking or not removing it, and the ability to abate it.”

gedaagde nalatig creëren of doen ontstaan van een gevaarlijke situatie waarbij voorzienbaar is dat anderen het gevaar van die situatie verwezenlijken. In de vierde situatie is er niet noodzakelijkerwijs sprake van een gevaarlijke situatie waarover de gedaagde zeggenschap heeft, maar wist de gedaagde (of behoorde te weten) dat anderen gewoon zijn zo te handelen dat die situatie gevaar oplevert voor schade.⁸⁰

112. De criteria van Goff zijn invalshoeken, hulpmiddelen om vast te stellen of er sprake is van proximity tussen partijen. Uiteindelijk beslist de rechter, op basis van één van deze factoren of een combinatie daarvan, in hoeverre er sprake is van een (voldoende) directe relatie tussen partijen.

4.2.3 *Fair, just, reasonable*

113. Tot slot dient het niet onredelijk of onbillijk te zijn dat aan gedaagde een dergelijke zorgplicht wordt opgelegd. Dit laatste vereiste is opgenomen om te voorkomen dat er onredelijke ‘duties’ worden opgelegd, en wordt ook wel het policy-vereiste genoemd. Teneinde te beoordelen of het opleggen van een zorgplicht fair, just and reasonable zou zijn, moeten alle omstandigheden van het geval worden meegewogen, “including the position and role of the alleged tortfeasor and any relevant policy considerations”.⁸¹ Zo kunnen bijvoorbeeld van iemand met meer middelen ook meer voorzorgmaatregelen verwacht worden.
114. De drie criteria van Caparo hangen nauw met elkaar samen en zijn niet altijd goed te onderscheiden. Zij dienen eerder als een algeheel kader dat alle factoren bevat om af te wegen of er naar Nigeriaans en Engels recht een zorgplicht bestaat en in hoeverre deze is geschonden. De vraag of dat het geval is, zal niet puur op juridische, maar ook op criteria van redelijkheid en wenselijkheid moeten worden beoordeeld.⁸² In de woorden van Lord Pearce in *Hedley Byrne and Co. Ltd v. Heller and Partners Ltd*:

“How wide the sphere of the duty of care in negligence is to be laid depends ultimately upon the courts’ assessment of the demands of society for protection from the carelessness of others.”⁸³

4.3 Het schenden van de zorgplicht

115. Wanneer op gedaagde een zorgplicht rust, dient te worden vastgesteld of deze zorgplicht is geschonden. Schending van een zorgplicht wordt doorgaans aangenomen indien een gedaagde in vergelijking met een redelijke persoon (‘a reasonable man’) tekort is geschoten in zijn handelen, of heeft nagelaten iets te doen wat een redelijk persoon zou doen.⁸⁴
116. Bij de vaststelling van wat een ‘reasonable man’ zou doen, speelt de hoedanigheid van de gedaagde een rol; wanneer de gedaagde een bijzondere beperking of juist een bijzondere expertise heeft, is de vraag wat een ander met dezelfde beperking of expertise in een dergelijke situatie zou doen:

⁸⁰ Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 38-40.

⁸¹ *Marc Rich and Co. A.G. v. Bishop Rock Marine Co. Ltd* [1996].

⁸² Lord Bridge of Harwich gaf in de Caparo-zaak al aan dat het misschien eerder gaat om “convenient labels to attach to the features of different specific situations which, on a detailed examination of all the circumstances, the law recognises pragmatically as giving rise to a duty of care of a given scope.”

⁸³ *Hedley Byrne and Co. Ltd v. Heller and Partners Ltd* [1964].

⁸⁴ Supreme Court of Nigeria 6 juni 2008, *Abubakar v. Joseph* [2008] 13 NWLR, p. 316.

“where the defendant holds a particular position, he will be expected to show the degree of knowledge normally expected of a person in that position”⁸⁵

117. Evenals bij de vaststelling van het bestaan van een zorgplicht, speelt de voorzienbaarheid van de schade een rol bij de vaststelling of deze zorgplicht geschonden is.⁸⁶ Andere factoren in dit kader moeten worden overwogen zijn de ernst van het risico,⁸⁷ de kosten en uitvoerbaarheid van schadevoorkomende maatregelen⁸⁸ en het nut van de door de gedaagde bedreven activiteit.⁸⁹

4.4 Causaliteit tussen de geschonden zorgplicht en de geleden schade

118. Tot slot moet er sprake zijn van causaliteit tussen de geschonden zorgplicht en de geleden schade. Daarvoor is noodzakelijk, dat de schade niet zou zijn ontstaan zonder de nalatigheid van gedaagde.⁹⁰ Wanneer er meerdere schadeveroorzakende gebeurtenissen hebben plaatsgevonden, wordt vereist dat de geschonden zorgplicht ten minste een ‘material contribution’ leverde aan die schade.⁹¹
119. Wanneer de schade als zodanig voorzienbaar is, maar zich manifesteert op een manier die niet te voorzien was, kan er desalniettemin sprake zijn van aansprakelijkheid.⁹²

4.5 Overzicht Tort of Negligence

120. Het beoordelingskader voor de vraag of er sprake is van ‘negligence’ naar Nigeriaans en Egels recht, zoals dat hierboven is toegelicht, kan schematisch als volgt worden weergegeven:

⁸⁵ G. Kodilinye, *Nigerian Law of Torts* (Sweet & Maxwell, 1982), p. 45.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld *Roe v. Minister of Health* (1954) 2 AER 131; *Haley v. London Electricity Board* (1964).

⁸⁷ Zie bijvoorbeeld *Paris v. Stepby Bourrough Council* 1951 AC 367.

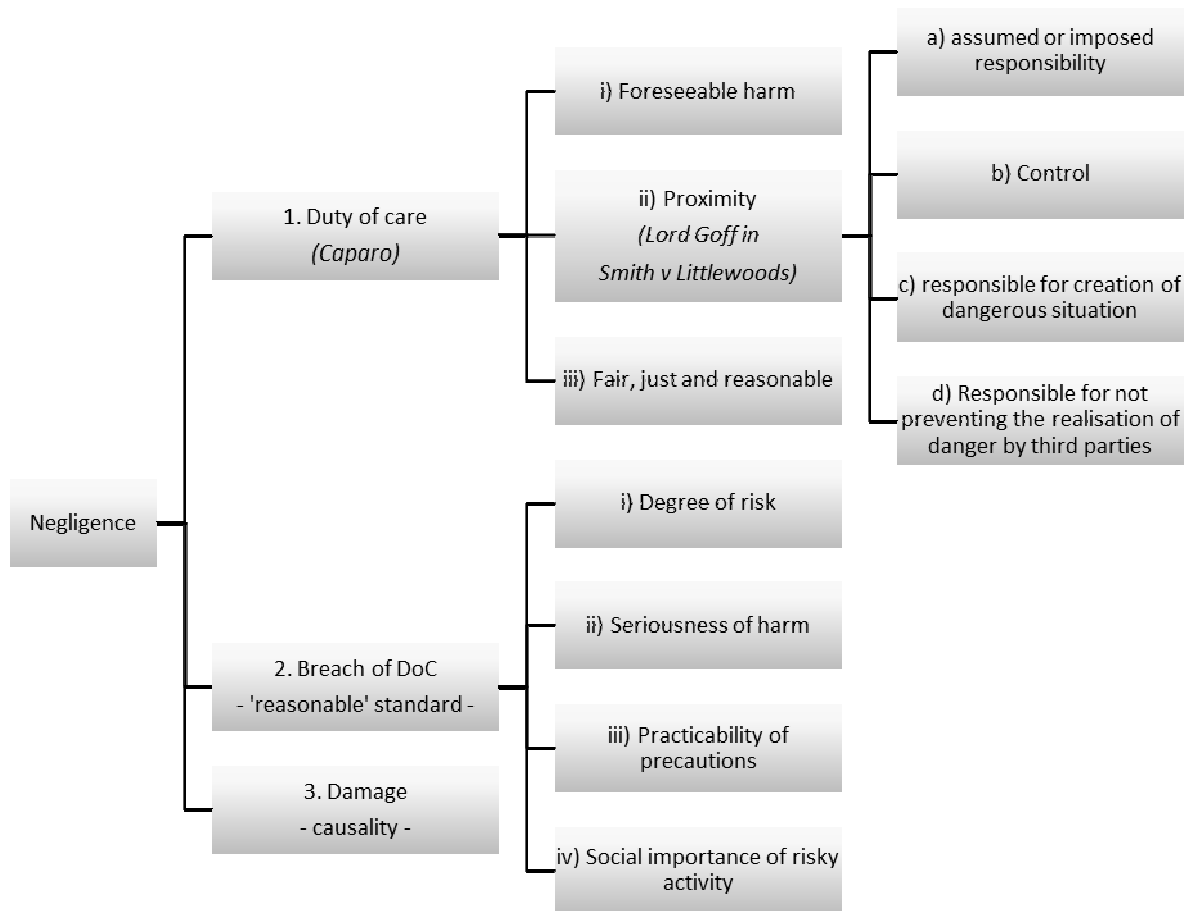
⁸⁸ Zie bijvoorbeeld *Latimer v. AEC Ltd* (1952); *Haley v. London Electricity Board* [1964] 3 All ER 185.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld *Watt v. Hertfordshire CC* (1954) 2 AER 368.

⁹⁰ *Barneit v. Chelsea & Kensington Hospital* (1968).

⁹¹ *Wilsher v. Essex AHA* (1988).

⁹² *Hughes v. Lord Advocate* (1963). Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 31.



Schematische weergave 1 - Tort of negligence

121. Hieronder zullen steeds de criteria van de onrechtmatige daad naar Nigeriaans recht worden toegepast op de gewraakte handelingen van Shell Nigeria en Shell Holding. Achtereenvolgens zal aan de orde komen, het onvoldoende voorkomen van de lekkage nabij Oruma, het niet adequaat reageren op die olie lekkage en het niet adequaat saneren van de gelekke olie.
122. Dat het naar Nigeriaans recht onder omstandigheden mogelijk is dat een moedermaatschappij op basis van een zelfstandige zorgplicht wordt aangesproken ten aanzien schade die zich heeft voorgedaan bij de operaties van een dochtermaatschappij wordt onder meer bevestigd in de legal opinion van professor Ladan en dr. Ako.⁹³
123. Recent is nog een zorgplicht van een moedermaatschappij aangenomen in *Chandler v Cape*.⁹⁴ De rechter oordeelde in die zaak dat de moedermaatschappij Cape Plc op grond van haar eigen gezondheids- en veiligheidsbeleid een zelfstandige zorgplicht had ten opzichte van medewerkers van haar dochtermaatschappij. De rechter overwoog nadrukkelijk dat er in dat scenario geen sprake was van 'piercing the veil'. In de volgende hoofdstukken zal worden uiteengezet dat in deze zaak op een vergelijkbare manier moet worden geconcludeerd dat Shell Holding een eigen en duty of care heeft ten aanzien van eisers.

⁹³ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**).

⁹⁴ Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nrs.41-45; *Chandler v. Cape plc* [2011] EWHC 951 (QB), r.o. 64-65.

124. Daarbij zij tot slot nog opgemerkt, dat eisers zich nadrukkelijk niet op het standpunt stellen dat aansprakelijkheid van Shell Holding uitsluitend voortvloeit uit haar aandeelhouderschap van haar dochter Shell Nigeria. Zij spreken daarentegen Shell Holding onafhankelijk en op basis van een zelfstandige zorgplicht aan. Er is derhalve geen sprake van een situatie van ‘piercing the corporate veil’.

4.6 Overige relevante ‘torts’ naar Nigeriaans recht

4.6.1 Tort of nuisance

125. Wanneer iemand door doen of nalaten inbreuk maakt op andermans gebruik van of recht op land, is naar Nigeriaans recht sprake van de ‘tort of nuisance’.⁹⁵ Men zou dit in het Nederlands kunnen vertalen als hinder.
126. Onder de common law wordt een onderscheid gemaakt tussen ‘public nuisance’ en ‘private nuisance’.⁹⁶ ‘Public nuisance’ betreft overlast die de bevolking of een deel daarvan in het algemeen raakt. Hiertegen wordt normaal gesproken namens de gemeenschap opgetreden door de Attorney General; ‘public nuisance’ is ook strafrechtelijk laakbaar. Individuele personen kunnen een vordering uit ‘public nuisance’ instellen wanneer zij kunnen aantonen dat zij ‘particular damage’ hebben geleden ten opzichte van het algemene publiek.
127. Bij ‘private nuisance’ gaat het om de bescherming van een individu tegen overlast bij het gebruik van land. Het kan bij nuisance gaan om fysieke schade aan land, maar ook om andere vormen van overlast, zoals geluid of stank.
128. Er moet bij nuisance sprake zijn van bewust of onachtzaam, handelen of nalaten, als gevolg waarvan onredelijke schade is ontstaan. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van nuisance moet rekening worden gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval, zoals de duur en tijdstip van de overlast, de tijdelijke of permanente gevolgen daarvan, etc.⁹⁷
129. Degene, die een stuk land in gebruik heeft – al dan niet als eigenaar – kan een actie uit nuisance instellen. Aansprakelijk wegens nuisance is de partij die voor de overlast verantwoordelijk kan worden gehouden. Dat kan de directe veroorzaker van de overlast zijn, maar ook degene die voor de grond waar de hinder optreedt verantwoordelijk is als eigenaar of gebruiker.⁹⁸
130. De partij die wegens nuisance wordt aangesproken kan te zijner verdediging een aantal omstandigheden aanvoeren. Hij kan betogen dat zijn handelen of nalaten in de gegeven omstandigheden redelijk was. Hij kan ook aanvoeren dat hij handelde op grond van een wettelijke verplichting, hoewel dat niet betekent dat hem nimmer meer een verwijt wegens nuisance zou kunnen worden gemaakt.⁹⁹ Hij kan ook aanvoeren dat sprake is van overmacht, instemming of handelen door een onbekende.
131. Indien een gedaagde aanvoert dat hij niet aansprakelijk is op grond van nuisance, omdat de overlast door een derde is veroorzaakt, zal hij moeten aantonen dat hij stappen heeft

⁹⁵ Zie ook Rapport IJI (**productie L.4**), p. 38.

⁹⁶ Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 53-62.

⁹⁷ Zie ook *Universal Trust Bank of Nigeria v. Ozoemena*, Supreme Court of Nigeria, 26 januari 2007.

⁹⁸ Kodilinye & Aluko, *The Nigerian Law of Torts* (2005).

⁹⁹ Of het handelen van een partij op zichzelf genomen legaal of illegaal was, doet voor een vordering uit nuisance niet terzake (zie bijv. *Ige v. Taylor Woodrow (Nigeria) Ltd* [1963] LLR. 140).

ondernomen om de effecten van het handelen van die derde te minimaliseren zodra hij ervan kennis nam.

132. Van nuisance kan derhalve ook sprake zijn wanneer iemand nalaat een door derden geschapen risico te beperken, of anderszins nalaat te handelen in geval van een storende toestand. Criterium is in dit geval of hij in dit geval in redelijkheid van de mogelijke overlast wist of kon weten.¹⁰⁰
133. Aldus bevat de figuur van de ‘tort of nuisance’ veel overeenkomsten met die van de ‘tort of negligence’. Het kenmerkende verschil betreft het feit dat het hier een risico-aansprakelijkheid betreft, voor de schade als gevolg van de hinder.

4.6.2 *Trespass to chattel*

134. De ‘tort of trespass to chattel’ (inbreuk op een zaak) is een onrechtmatige daad naar Nigeriaans recht, waarbij het gaat om een inbreuk op het bezit van een ander. Die inbreuk kan bestaan uit schade aan een zaak, of uit een verstoring van het gebruik van die zaak.¹⁰¹
135. De inbreuk uit ‘trespass to chattel’ kan bestaan uit een doen of nalaten, of dit nu opzettelijk of onachtzaam handelen is. In zoverre is de onrechtmatige daad nauw verbonden met de andere hier besproken ‘torts’, in het bijzonder ‘negligence’.
136. In tegenstelling tot ‘negligence’ is het voor ‘trespass to chattel’ echter niet noodzakelijk is dat (materiële) schade wordt aangericht; een enkele ‘interference’ is voldoende zijn om nominale schadevergoeding toe te wijzen.¹⁰²
137. Een vordering uit ‘trespass to chattel’ kan worden ingesteld door de persoon die in bezit is van de zaak of er gebruik van maakt; dit hoeft niet de eigenaar van de zaak te zijn.

4.6.3 *The Rule in Rylands v. Fletcher*

138. De ‘Rule in *Rylands v. Fletcher*’ onderscheidt zich van de andere hier besproken ‘torts’, omdat deze in zekere zin een risicoaansprakelijkheid inhoudt en derhalve niet afhankelijk is van bewust of onachtzaam handelen.¹⁰³
139. Op grond van de ‘Rule in *Rylands v. Fletcher*’ is degene die op zijn land een daar niet natuurlijk horende zaak houdt die bij ontsnappen voorzienbaar schade zal toebrengen, in beginsel steeds aansprakelijk voor de schade die daardoor kan ontstaan.¹⁰⁴ Dat olie uit een oliepijpleiding een niet-natuurlijk gebruik inhoudt, kan naar analogie afgeleid worden uit *Ikpede v. Shell-BP*:

“that to lay crude oil carrying pipes through swamp forest land is (...) a non-natural user of the land and that it is common knowledge that crude oil causes great havoc to fishes and crops if allowed to being carried”.¹⁰⁵

140. De eiser moet daartoe wel bewijzen dat de schade een gevolg is van het ontsnappen van de niet-natuurlijke en gevaarlijke stof.

¹⁰⁰ Zie bijv. *Leaky v. National trust* [1080] QB 485.

¹⁰¹ Zie uitgebreider Rapport IJI (**productie L.4**), pp. 22-25.

¹⁰² Rapport IJI (**productie L.4**), p. 24; Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nrs. 65-66.

¹⁰³ Zie uitgebreider Rapport IJI (**productie L.4**), pp. 19-22.

¹⁰⁴ Venema, Zwolve, *Common law & Civil Law*, Kluwer 2000, p. 204.

¹⁰⁵ Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr. 28.

5 AANSPRAKELIJKHEID VOOR ONVOLDOENDE VOORKOMEN VAN LEKKAGE

141. Shell is aansprakelijk voor het niet voorkomen van de olie lekkage in Oruma en de schade die is opgetreden als gevolg daarvan. Shell Holding en Shell Nigeria hadden een zorgplicht om olie lekkages – of deze nu het gevolg zijn van sabotage of achterstallig onderhoud – in Nigeria te voorkomen. Als gevolg van het schenden van deze zorgplicht hebben eisers schade geleden.

5.1 Duty of care voor voorkomen lekkage

142. Hieronder zullen de criteria van de Caparo-test toegepast worden op het verwijt van eisers dat Shell Nigeria en Shell Holding onvoldoende voorzorgsmaatregelen hebben getroffen om lekkages uit olie-installaties van Shell te voorkomen, in het bijzonder de lekkage nabij Oruma.

5.1.1 Voorzienbaarheid van de lekkage en de daaruit volgende schade

143. In onderhavige zaak is de schade het gevolg van olie lekkage aan een pijpleiding waarvan Shell Nigeria de operator is. Er bestaat geen twijfel dat zowel de lekkage als de schade als gevolg daarvan voor Shell was te voorzien.
144. In de dagvaarding is reeds uitvoerig uiteengezet dat de Nigerdelta een lange geschiedenis van olie lekkages kent.¹⁰⁶ Shell is al sinds 1937 actief in de Nigerdelta.¹⁰⁷ Uit Shell-rapporten blijkt dat er jaarlijks gemiddeld 250 lekkages plaatsvinden uit Shell olie-installaties.¹⁰⁸ Dat er derhalve bij oliewinning in de Nigerdelta een groot risico is op lekkages, was voor Shell niet nieuw.
145. Het verweer van Shell dat de oorzaak van de lekkage te wijten was aan sabotage, doet hier niets aan af. Shell stelt immers zelf dat van de gemiddeld 250 lekkages per jaar het grootste deel te wijten is aan sabotage. Net als de risico's van oliewinning in het algemeen, was Shell in het bijzonder bekend met het grote risico van schade als gevolg van sabotage aan haar olie-installaties.
146. Dit risico nam volgens Shell's eigen rapportages bovendien jaarlijks toe. Volgens jaarrapporten van Shell Nigeria was over de hele periode van 1998 tot 2007 55% van de lekkages te wijten aan sabotage, terwijl dat percentage over de periode vanaf 2003 tot 2007 al 67% betrof.¹⁰⁹ In de jaren voorafgaand aan de litigieuze lekkage waren er, volgens de cijfers van Shell, circa 150 lekkages per jaar aan sabotage te wijten).
147. Tegen deze achtergrond moet worden geconcludeerd, dat het risico van lekkages – al dan niet als gevolg van sabotage – voor Shell was te voorzien. Gezien het feit dat (in een gebied slechts ter grootte van Nederland en België bij elkaar) gemiddeld vijf dagen per week olie lekkages plaatsvonden, was het op enig moment ontstaan van een lekkage in dat gebied voorzienbaar. De pijpleiding nabij Oruma vormt daarop geen uitzondering.

¹⁰⁶ Dagvaarding, par. 7.3 'Lange geschiedenis van olie lekkages in Nigeria'.

¹⁰⁷ Shell, Shell at a glance: "Shell has been active in Nigeria since 1937. Our business activities in Nigeria are exploring and producing oil and gas onshore as well as offshore and gas sales and distribution." Beschikbaar op <http://www.shell.com.ng/home/content/nga/aboutshell/at_a_glance/> (laatst bezocht op 5 december 2011).

¹⁰⁸ Dagvaarding, overzicht 'Aantallen olie lekkages Shell Nigeria, volgens jaarrapporten van Shell Nigeria', pp. 15-16.

¹⁰⁹ Zie dagvaarding, nr. 49.

5.1.1.1 Opruimcontractenbeleid van Shell werkt voorzienbaar sabotage in de hand

148. Daarnaast werkt het standaardbeleid van Shell met betrekking tot het verstrekken van opruimcontracten sabotage in de hand. Shell medewerkers,¹¹⁰ Nigeriaanse contractors en leden van de gemeenschappen die willen verdienen aan de olie-industrie veroorzaken zelf lekkages om vervolgens de daarmee samenhangende lucratieve contracten in de wacht te slepen.
149. In 1999 is deze gang van zaken reeds geschetst in een aan Shell bekend rapport van Human Rights Watch: “In many cases, it appears that sabotage is carried out by contractors likely to be paid to clean up the damage; sometimes with the connivance of oil company staff.”¹¹¹
150. Shell heeft deze consequentie van haar beleid in 2003 bevestigd gezien in het in opdracht van Shell uitgevoerde onderzoek door WAC Global Services. WAC constateert “[Shell Companies in Nigeria] staff, contractors and some community members make alliances to cause, repair and clean up oil spills.”¹¹²
151. Dat Shell Holding bekend was met dit onderdeel van het rapport blijkt uit de reactie van de woordvoerder van Shell:

“There is serious conflict in parts of the delta, and this has the potential to get worse if no action is taken. (...) The fieldwork highlighted how conflict makes it difficult for us to operate safely and with integrity, how we sometimes feed conflict by the way we award contracts, gain access to land and deal with community representatives.”¹¹³
152. Shell erkent in haar CvA van deze situatie kennis te hebben en stelt dat “[s]abotages als de onderhavige (...) doorgaans evenwel niet gericht [zijn] op diefstal van olie, maar op het verwerven van geld in de vorm van werk, schadevergoeding etc.”¹¹⁴
153. Het was derhalve voor Shell voorzienbaar dat de wijze waarop zij opruimcontracten verstrekt leidt tot een groter aantal lekkages door sabotage, met als (voorzienbaar) gevolg dat verdere schade aan het milieu wordt toegebracht.

5.1.1.2 Voorzienbaarheid van de schade als gevolg van lekkages

154. Ook dat schade zou optreden als gevolg van olie lekkages (en dus ook de lekkage nabij Oruma) was voorzienbaar. Het is algemeen bekend dat olie grote schade aan mens en milieu oplevert.¹¹⁵
155. Bovendien was het bij Shell bekend dat de Nigerdelta, waar de lekkages hebben plaatsgevonden, een buitengewoon kwetsbaar en dichtbevolkt natuurgebied is. De olie kan zich door de vele rivieren en kreekjes snel verspreiden en tast door aantasting van onder meer

¹¹⁰ Door contracten te sluiten met de hoogste bieder: “Contractors working in the oil industry report that oil company employees in middle management routinely take a percentage of the value of a contract, effectively selling the contract to the highest bidder—rather than the lowest, according to the usual practice of tendering.” (Human Rights Watch, *The Price of Oil: Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria’s Oil Producing Communities*’ (**productie B.7**), p. 96.

¹¹¹ Human Rights Watch, *The Price of Oil: Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria’s Oil Producing Communities*’ (**productie B.7**), p. 75.

¹¹² WAC Global Services 2003, *Peace and Security in the Nigerdelta: Working Paper for SPDC (Conflict Expert Group Baseline Report, December 2003)* (**productie C.7**), p. 17. Zie ook ECCR, ‘Shell in the Niger Delta: A Framework for Change – Five case studies from civil society’ (2010), p. 43. “Oil spills have become an opportunity for exploitation by unscrupulous actors. Incidents often involve a company staff member, a contractor and proxies in the community who provide access to the spill, personal security and a cover for delays that result in clean-ups being hugely expensive, poorly conducted or often not undertaken at all.”

¹¹³ Bloomberg, Karl Maier, ‘Shell “Feeds” Nigeria Discord, May End Onshore Work’ (10 juni 2004) .

¹¹⁴ CvA 13 mei 2009, nr. 61.

¹¹⁵ Zie ook dagvaarding, par. 7.1 ‘Olie is een gevaarlijke stof’.

visvijvers, landbouwgrond en grondwater naast het leefmilieu ook de gezondheid van bewoners aan.¹¹⁶ De schade aan natuur en de leefomgeving van eisers als gevolg van lekkages die het resultaat waren van sabotage-activiteiten, was aldus voor Shell te voorzien.

156. Deze voorzienbaarheid van de lekkage en de schade geldt evenzeer voor Shell Nigeria als voor Shell Holding. Shell Holding heeft er immers werk van gemaakt om de situatie in Nigeria goed te monitoren en invloed uit te oefenen op te wijze waarop Shell Nigeria haar werkzaamheden in Nigeria vormgeeft.¹¹⁷
157. In de dagvaarding (met name paragrafen 7.3 en 12.2) is reeds op deze diepgaande kennis van Shell Holding ingegaan; daar is verder nog uiteengezet dat Shell zelf stelt voortdurend bezig te zijn met de oliewinning in Nigeria en dat zij kennis heeft van alle serieuze milieu-incidenten en hun oorzaak en dus kennis droeg van het risico op olie lekkages en de gevolgen ervan. Deze informatie is rechtstreeks uit de rapporten van Shell zelf afkomstig. Shell heeft in haar CvA dan ook geen van deze stellingen betwist, zodat de diepgaande kennis van zowel Shell Nigeria als van Shell Holding in deze vaststaat.

5.1.2 Proximity ten aanzien van het voorkomen van lekkage

158. De tweede vraag die zich volgens de Caparo-test aandient, is of er tussen eisers en gedaagden sprake is van 'proximity'. Zoals in hoofdstuk 4 is uiteengezet, kan er naar Nigeriaans recht een bijzondere relatie bestaan die verplicht te voorkomen dat een derde schade toebrengt aan een ander. Daarvan is onder andere sprake wanneer een bijzondere relatie tussen gedaagde en de derde bestaat, wanneer de gedaagde verantwoordelijk is voor een gevaarlijke situatie of wanneer de gedaagde niet heeft ingegrepen bij het herhaaldelijk door derden doen ontstaan van een gevaarlijke situatie.
159. Hierna zal blijken dat op grond van deze criteria tussen eisers en Shell – zowel Shell Nigeria als Shell Holding – een relatie van voldoende directheid, 'proximity', bestond.¹¹⁸

5.1.2.1 Proximity als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid

160. Zowel Shell Nigeria als Shell Holding zijn ten opzichte van eisers verantwoordelijk voor de geleden schade – ook indien zij het gevolg is van sabotage door derden. Dit vloeit voort uit het toepasselijke regelgevend kader en uit de normen die Shell zich als concern stelt te hebben aangemeten ten aanzien van de leefomgeving van hen, die zich in de nabijheid van haar installaties bevinden.
161. Ten eerste is er sprake van een 'imposed responsibility' voor Shell Nigeria.¹¹⁹ De EGASPIN verwijzen naar de verplichting tot het nemen van voorzorgsmaatregelen om vervuiling te voorkomen – ongeacht de oorzaak daarvan:

“License holders for exploration, prospecting, exploitation, hydrocarbon processing, transporting, marketing etc. of Petroleum Resources are required by legislation to take/adapt Practical Precautions and/or all steps Practicable to prevent pollution.”¹²⁰

¹¹⁶ Dagvaarding, par. 7.2 'Nigerdelta is een dichtbevolkt en kwetsbaar natuurgebied'.

¹¹⁷ Zie ook paragraaf 5.1.2.1 'Bijzondere relatie als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid' van dit hoofdstuk.

¹¹⁸ De hiervoor sub ii. door Lord Goff omschreven situatie wordt, zoals gezegd, niet verder uitgewerkt omdat thans niet blijkt dat daarvan sprake is.

¹¹⁹ Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nrs 34-35.

¹²⁰ EGASPIN (**productie G.1**), p. 145, Deel VIII, sectie B 1.1.1.

162. Ook het Nigeriaanse National Oil Spill Contingency Plan benoemt het belang van beleid dat erop ziet mogelijke lekkages te voorkomen:

“This National Plan represents a national system for responding promptly and effectively to all oil pollution incidents occurring in Nigeria. But better still, it is desired that the industry will adopt proactive strategies for preventing oil spills as a cost-effective means of reaching the national goal of eradicating poverty and enthroning grassroot based sustainable livelihood in Nigeria.”¹²¹

163. Daarnaast is op grond van artikel 6(3) van de Oil Pipelines Act de operator van een pijpleiding verplicht om “all reasonable steps to avoid unnecessary damage to any land entered upon and any buildings, crops or profitable trees thereon” te nemen.
164. Nigeriaanse wetgeving verwijst bovendien naar de internationaal erkende standaarden van het American Petroleum Institute (API).¹²² Derhalve is API 1160 in de Nigerdelta van toepassing, nu het daar gaat om een zogenaamde ‘high consequence area’.¹²³
165. Volgens API standaard 1160 moeten operators tenminste de volgende maatregelen nemen ter voorkoming van ‘third party damage’:
- Optical or Ground Intrusion Electronic Detection;
 - Increased Depth of Cover;
 - Right-of-way Maintenance;
 - Improved or More Frequent Right-of-way Inspections;
 - Mechanical Pipe Protection;
 - Additional Pipe Wall Thickness.¹²⁴
166. Shell heeft zich bovendien het milieubelang en in het bijzonder de situatie in Nigeria als concern aangetrokken. Shell Holding heeft onder meer beleidsregels opgelegd, die door de verschillende Shell-maatschappijen moeten worden nageleefd.¹²⁵ Zij heeft daarmee de (mede)verantwoordelijkheid voor de milieuveiligheid in Nigeria op zich genomen. Deze verantwoordelijkheid kan zij nu niet wegwuiven, door eenvoudigweg te stellen dat zij op vrijwillige basis is aangenomen. Evenmin kan Shell Holding zich aan deze verantwoordelijkheid onttrekken door te stellen dat niet zij, maar Shell Nigeria de actieve maatschappij in Nigeria is.
167. In verschillende brochures en websites geeft Shell hoog op over de door haar nagestreefde standaard en over de positieve effecten van haar werkzaamheden in Nigeria.

“Shell Nigeria places great importance on making a difference in the environment in which people live and work, fostering and maintaining relationships with communities,

¹²¹ National Oil Spill Contingency Plan for Nigeria (NOSCP), Prepared for the Presidency by the Federal Ministry of Environment, Abuja, Approved by the Federal Executive Council (16 april 2003) (**productie G.3**).

¹²² Mineral Oils (Safety) Regulations van 1962 (**productie G.1**), Artikel 7.

¹²³ High consequence area's zijn gebieden die gebruikt worden voor drinkwater of ecological resources die gevoelig zijn voor milieuschade bij olie lekkage. (U.S. Regulations, 49 C.F.R. part 195 – Transportation of Hazardous Liquids by Pipeline, par. 6 en 450, <http://law.justia.com/cfr/title49/49-3.1.1.1.6.html#49:3.1.1.1.6.1.21.8>). Zie ook Steiner (**productie B.1**), p. 6.

¹²⁴ API standard 1160, ‘Managing System Integrity for Hazardous Liquid Pipelines’ (November 2001) (**productie L.11**), pp. 29-31.

¹²⁵ Verwezen wordt naar hetgeen hierover al in de dagvaarding is gezegd in de hoofdstukken 12.2 t/m 12.5.

taking care to be a good neighbour and contributing to sustainable development initiatives.”¹²⁶

168. Ten aanzien van het milieu prijst Shell haar eigen inspanningen om te blijven zoeken naar manieren om nadelige gevolgen van haar werkzaamheden te minimaliseren:

“Meeting the world’s growing energy needs and protecting the environment requires new technology, partnerships and ways of operating. We continually look for ways to reduce the environmental impact of our operations.”¹²⁷

169. Daarbij onderstreept ze in het bijzonder het belang van het voorkomen van olielekages:

“Spills of oil and oil products can harm the environment and put our employees and neighbouring communities at risk.”¹²⁸

170. Deze nadruk op milieu en samenleving die in vele Shell-publicaties wordt teruggevonden, vloeit onder meer voort uit de ‘General Business Principles’ van Shell, waarnaar zij op haar website geregeld en met enige trots verwijst.¹²⁹ Deze Algemene Beleidsuitgangspunten van Shell bepalen, aldus de gelijknamige brochure, de wijze waarop de afzonderlijke tot de Shell Groep behorende Maatschappijen hun bedrijf uitoefenen.

171. Shell begint de brochure met het uiteenzetten van haar verantwoordelijkheden jegens partijen en onderscheid daarbij aandeelhouders, klanten, medewerkers, zakenpartners en de samenleving:

“Bedrijfsvoering als verantwoordelijk lid van de samenleving, het naleven van geldende wetten en voorschriften, het steunen van fundamentele mensenrechten voor zover dat binnen de legitieme rol van het bedrijfsleven past en het in acht nemen van normen voor veiligheid, gezondheid, welzijn en milieu”.

172. In stelregel 5 en 6 benadrukt Shell dat zij op het gebied van veiligheid, gezondheid, welzijn en milieu haar prestaties voortdurend probeert te verbeteren en benadrukt ze het belang om bij te dragen aan het algemeen welzijn van de gemeenschappen waarin zij actief is.

“Stelregel 5: Veiligheid, gezondheid, welzijn en milieu

Shell-maatschappijen pakken het management van veiligheid, gezondheid, welzijn en milieu op systematische wijze aan, met als doel om een voortdurende verbetering van hun prestaties op die gebieden te bereiken. Dit wordt door Shell-maatschappijen beheerd als een kritieke bedrijfsactiviteit. Daarbij stellen zij standaarden en doelen voor verbetering en worden prestaties gemeten, beoordeeld en extern gerapporteerd. Wij zoeken voortdurend naar manieren om het milieueffect van onze operaties, producten en diensten te verminderen.

Stelregel 6: Lokale gemeenschappen

Shell-maatschappijen streven ernaar een goede buur te zijn door het voortdurend verbeteren van de manieren waarop zij direct of indirect bijdragen aan het algemeen

¹²⁶ Shell, ‘Environment & Society’, beschikbaar op: http://www.shell.com/ng/home/content/nga/environment_society/, bezocht op 29 november 2011.

¹²⁷ Shell, ‘Environment & Society’, beschikbaar op: http://www.shell.com/ng/home/content/nga/environment_society/, bezocht op 29 november 2011.

¹²⁸ Shell, ‘Environment & Society’, beschikbaar op: http://www.shell.com/home/content/environment_society/environment/spills/, bezocht op 29 november 2011.

¹²⁹ Zie de algemene beleidsuitgangspunten van Shell (**productie L.8**). Zie ook dagvaarding, par. 12.4.4 ‘Shell General Business Principles’.

welzijn van de gemeenschappen waarin wij werken. Wij beheren het effect op de samenleving van onze bedrijfsactiviteiten zorgvuldig en werken met anderen samen om de voordelen voor de lokale gemeenschappen te vergroten en nadelige effecten van onze activiteiten te verminderen. Daarnaast spelen Shell-maatschappijen een opbouwende rol bij vraagstukken van maatschappelijke aard, die direct of indirect verbonden zijn met hun bedrijfsuitoefening als zodanig.”

173. Er is Shell dus naar eigen zeggen veel aan gelegen de nadelige impact van haar activiteiten voor het milieu en voor de lokale bewoners in de Nigerdelta tot een minimum te beperken. Dit is voor Shell zelfs een “kritieke bedrijfsactiviteit”!
174. Ook wordt nog gewezen op stelregel 8 van de algemene beleidsuitgangspunten:
- “Wij leven alle geldende wetten en voorschriften na van de landen waarin wij opereren.”
175. Hieruit kan worden afgeleid dat Shell zich óók verantwoordelijk voelt de Nigeriaanse voorschriften en regelgeving na te leven.
176. Deze algemene beleidsuitgangspunten zijn uitgewerkt in een gedragscode voor Shell medewerkers, voor medewerkers van Joint-Venture maatschappijen waarover Shell controle heeft en voor opdrachtnemers van Shell-bedrijven.¹³⁰
177. In verschillende publicaties noemt Shell het belang dat zij hecht aan ‘sustainable development’, een schoon leefmilieu en goed contact met de lokale bewoners nader uit en benadrukt ze wederom dat ze continue streeft naar verbetering:
- “One of our goals is to improve the way we design, build and run our operations to lessen environmental impact and to benefit local communities.”¹³¹
178. Het doel van het voorkomen van lekkages is door Shell dus uitdrukkelijk bedoeld, zo blijkt uit dit een en ander, ter voorkoming van schade aan het milieu en ten behoeve van lokale gemeenschappen. Shell neemt hiermee een verantwoordelijkheid aan ten opzichte van het milieu in de gemeenschappen rondom haar olie-operaties.
179. Zoals hiervoor is aangegeven leidt deze praktijk er echter voorzienbaar toe dat sabotages plaatsvinden met het enkele doel om
180. De belangrijkste bron op dit gebied is waarschijnlijk het Shell’s HSSE en ‘Social Performance commitment and policy’:
- “Our Commitment and Policy on Health, Safety, Security, the Environment (HSSE) & Social Performance (SP) gives the common value statements and broad goals in these areas. It includes our aim to do no harm to people, to protect the environment and to contribute to the societies where we operate. Our mandatory standards and accompanying manuals support these goals.”¹³² [onderstreeping toegevoegd, adv.]
181. De algemene beleidsuitgangspunten, gedragscode en HSSE&SP beleidsregels zijn verplicht en van toepassing op alle Shell-maatschappijen en joint ventures onder de controle van Shell.

¹³⁰ Zie het Schema in Annex 5 van Shell’s HSE Performance Monitoring & Reporting Manual 2007 (http://www.shell.com/static/envirosoc-en/downloads/making_it_happen/our_commitments_and_standards/our_approach/performance_monitoring_manual.pdf), p. 64; en: ‘The Shell Sustainability Report 2005: Meeting the energy challenge’ (productie D.4) p. 17: “Contractors must manage HSE in line with our HSE standard and are expected to follow our, or equivalent, business principles.”

¹³¹ http://www.shell.com/home/content/environment_society/s_development/sd_in_shell/ bezocht 29 november 2011.

¹³² Zie ook dagvaarding, par. 12.4.3. ‘Health, Safety and Environment Beleid’.

Daarnaast kent Shell nog nadere verplichte standaarden en codes met betrekking tot sociale- en milieuaspecten die van toepassing zijn op alle Shell-maatschappijen.¹³³ Tot slot zijn er verschillende standaarden en codes waar Shell zich vrijwillig aan heeft gecommitteerd en waar in de dagvaarding voorbeelden zijn gegeven.¹³⁴ Een ander voorbeeld van een dergelijke standaard is het door Shell getekende ‘Business Charter for Sustainable Development’.¹³⁵

182. De principes die zijn neergelegd in het Charter bevestigen dat Shell gehouden is binnen het bedrijf de hoogste prioriteit te geven aan management van milieuzaken om ‘sustainable development’ te bereiken, onder andere door middel van het vaststellen van beleid om operaties op milieuvriendelijke manier uit te voeren. Om dit beleid vervolgens in ieder (dochter-)bedrijf te integreren is een essentieel onderdeel van het milieubeleid van het moederbedrijf.¹³⁶ Deze milieustandaard dient wereldwijd op gelijke wijze te worden toegepast.¹³⁷
183. Shell geeft de hiërarchie van toepasselijke normen binnen het Shell concern als volgt weer:

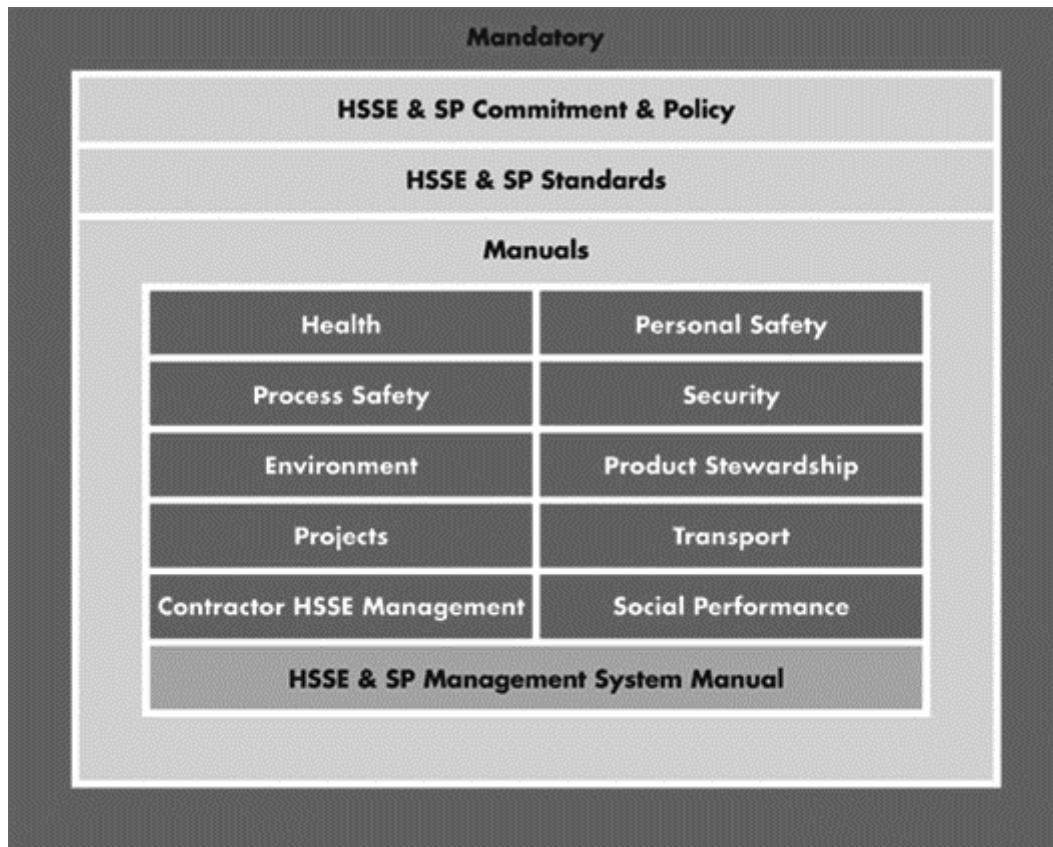
¹³³ http://www.shell.com/home/content/environment_society/s_development/controls/ Zie ook de Shell gedragscode (productie L.9). Het schema komt van http://www.shell.com/home/content/environment_society/s_development/our_commitments_and_standards/hse_manuals/.

¹³⁴ Dagvaarding, par. 13.3 ‘Zorgplicht op grond van internationale normen’ en nr. 199.

¹³⁵ Zoals blijkt uit informatie van de Ethical Investment Research Service (EIRIS).

¹³⁶ ICC Business Charter for Sustainable Development, principle 1: “Corporate priority: To recognize environmental management as among the highest corporate priorities and as a key determinant to sustainable development; to establish policies, programmes and practices for conducting operations in an environmentally sound manner.” En principle 2. “Integrated management: To integrate these policies, programmes and practices fully into each business as an essential element of management in all its functions.”

¹³⁷ ICC Business Charter for Sustainable Development, principle 3: “Process of improvement: To continue to improve corporate policies, programmes and environmental performance, taking into account technical developments, scientific understanding, consumer needs and community expectations, with legal regulations as a starting point; and to apply the same environmental criteria internationally.”



Schematische weergave 2 – Shell Environmental Performance

184. Zoals ook uit dit schema blijkt, is de Shell ‘HSSE&SP commitment and policy’ verplicht (‘mandatory’) binnen het Shell-concern; het document wordt overgelegd als **productie L.10**. In dit kader wordt onder meer de verplichting opgelegd om zich te committeren aan:

- “• Pursue the goal of no harm to people;
- Protect the environment;
- Respect our neighbours and contribute to the societies in which we operate;
- Play a leading role in promoting best practice in our industries;
- Manage HSSE & SP matters as any other critical business activity; and
- Promote a culture in which all Shell employees share this commitment.”

185. Beleidsmatig betekent dit onder meer dat elke Shell-maatschappij:

- “• Has a systematic approach to HSSE & SP management designed to ensure compliance with the law and to achieve continuous performance improvement;
- Sets targets for improvement and measures, appraises and reports performance;
- Requires joint ventures under its operational control to apply this policy, and uses its influence to promote it in its other ventures;
- Engages effectively with neighbours and impacted communities; and
- Includes HSSE & SP performance in the appraisal of staff and rewards accordingly.”

186. Shell laat zich er kortom op voorstaan, dat zij de consequenties van haar aanwezigheid in Nigeria overziet en alles in het werk stelt om de Nigeriaanse samenleving zoveel mogelijk te laten profiteren van haar aanwezigheid. Duurzaamheid, sociale aspecten en het milieu spelen daarbij een prominente rol.
187. Dat geldt ook ten aanzien van de keuze om lokale gemeenschappen te betrekken bij het opruimen van olie lekkages. Voor de relaties met de lokale gemeenschappen trekt Shell Nigeria veel geld uit op basis van het hiervoor genoemde door Shell Holding uitgevaardigde beleidsuitgangspunt om zich “effectively with neighbours and impacted communities” bezig te houden. Shell Nigeria doet dit door middel van een “active community assistance programme”, dat volgens Shell Holding al sinds de jaren '70 in werking is.¹³⁸ Vanwege de toenemende onrust is in 1992 het eerste formele vijf jaar durende “Public Affairs Plan” aangenomen, waarmee het ‘assistance programma’ werd uitgebreid.¹³⁹
188. De bedragen die Shell Nigeria beschikbaar stelde voor deze programma’s namen vanaf de jaren '90 dan ook aanzienlijk toe: in 1989 werd er US\$ 330.000 gebudgetteerd, in 1993 US\$ 7.5 miljoen en in 1996 al US\$ 36 miljoen.¹⁴⁰ In 2006 was dit bedrag gestegen tot US\$ 53.3 miljoen.¹⁴¹ Dergelijke aanzienlijke investeringen – en daarmee de daaraan ten grondslag liggende ‘community development’ strategieën – werden door Shell Holding geaccordeerd. Aldus heeft Shell Holding een verantwoordelijkheid op zich genomen ten aanzien van de relatie met de gemeenschappen.
189. Zoals in de dagvaarding al is aangegeven,¹⁴² volgt het onderdeel van Shell Holding dat zich bezig houdt met ‘Corporate & Social Responsibility’ de situatie in Nigeria op de voet, beoordeelt die en rapporteert daar vervolgens over aan de Board of Directors.
190. Shell heeft derhalve zowel een opgelegde als een zelf aangenomen verantwoordelijkheid ten aanzien van het voorkomen van (schade door) olie lekkages. Deze verantwoordelijkheid heeft Shell uitdrukkelijk jegens de lokale gemeenschappen in de buurt waarvan zij opereert en ter bescherming van het milieu in die gemeenschappen.
191. Het is tegen deze achtergrond niet te billijken dat Shell, wanneer het erop aankomt, stelt geen verantwoordelijkheid te hebben naar de lokale bevolking om schade die uit de sabotage van haar leidingen voortvloeit, te voorkomen. Dat maakt haar zogenoemde commitment tot een dode letter. Naar Nigeriaans recht kan Shell wel degelijk aan de door haarzelf gestelde normen worden gehouden.

5.1.2.2 Shell Nigeria heeft gevaarlijke situatie laten ontstaan

192. Shell Nigeria is verantwoordelijk voor het creëren en doen voortbestaan van de gevaarlijke situatie van de pijpleiding bij Oruma. Een pijpleiding waaruit olie op hoge druk in het milieu kan stromen en die niet afdoende tegen lekkages is beveiligd, is een gevaarlijke situatie op zich. Het voorziebare gevaar voor lekkages (al dan niet door sabotage) heeft zich vervolgens gerealiseerd.

¹³⁸ HRW, The Price of Oil: Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria’s Oil Producing Communities’ (**productie B.7**), p. 93.

¹³⁹ HRW, The Price of Oil: Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria’s Oil Producing Communities’ (**productie B.7**), p. 93.

¹⁴⁰ HRW, The Price of Oil: Corporate Responsibility and Human Rights Violations in Nigeria’s Oil Producing Communities’ (**productie B.7**), p. 93.

¹⁴¹ Shell Nigeria, ‘Annual Report 2006: People and the Environment’ (**productie C.4**), p. 31.

¹⁴² Dagvaarding, par. 12.2. ‘Nigeria is een concernbelang’.

193. Shell Nigeria kan ten eerste jegens eisers verantwoordelijk worden gehouden voor de schade, nu zij niet adequaat heeft opgetreden, terwijl zij kon voorzien dat derden zouden proberen haar leidingen en installaties te saboteren, aldus schade veroorzakend voor eisers en het milieu.¹⁴³ Verwezen wordt naar het hierboven in nr. 109 genoemde voorbeeld waarin een gedaagde vuurwerk opslaat in een niet afgesloten schuur, terwijl algemeen bekend is dat hij dat vuurwerk in bezit heeft. Wanneer dan derden dat vuurwerk aansteken en daarmee schade veroorzaken, is de eigenaar van het vuurwerk daarvoor verantwoordelijk. Deze situatie is direct toepasbaar op het handelen en nalaten van Shell in Oruma. Dat Shell Nigeria wist dat het gevaar van sabotage van haar summier beveiligde installaties op de loer lag, moge al voldoende zijn betoogd.

194. Dat betekent dat ook op deze grond reden is om een bijzondere relatie tussen Shell Nigeria en eisers aan te nemen ten aanzien van het voorkomen van lekkages – ook door sabotage.

5.1.2.3 Shell heeft niet optreden tegen door derden gecreëerd gevaar

195. Voor zover de slecht tegen sabotage beveiligde pijpleiding bij Oruma al niet in zichzelf een gevaarlijke situatie inhield, is sprake van een onder Shell's invloed staande situatie die veelvuldig door anderen wordt misbruikt en waaruit voorzienbaar schade kon ontstaan. Ook dan is sprake van een voldoende directe relatie tussen Shell en eisers om een zorgplicht aan te nemen (het vierde criterium van Lord Goff).¹⁴⁴

196. Dat er veelvuldig werd gesaboteerd, was Shell reeds bekend. Daarnaast hebben er meerdere lekkages – al dan niet als gevolg van sabotage – plaatsgevonden nabij Oruma vóór de tijd van de litigieuze lekkages.¹⁴⁵

197. Voor zover Shell maatregelen had genomen om sabotage tegen te gaan, was derhalve reeds gebleken dat deze niet volstonden. Vervolgens deed Shell helemaal niets om te voorkomen dat verdere schade als gevolg van sabotage door derden zou optreden. Daarom konden de sabotageacties door derden gewoon doorgaan, met de drastische gevolgen die zich in deze zaak hebben voorgedaan.

198. Shell Holding heeft bovendien door middel van het door haar gestimuleerde en goedgekeurde systeem om relaties met lokale gemeenschappen goed te houden, een situatie in stand gehouden die veelvuldig door derden werd misbruikt: zoals hierboven al aangegeven, leidde het toekennen van saneringscontracten aan de lokale bevolking tot een *belang* bij sabotage, dat geregeld door derden werd misbruikt.

199. Shell Holding wist bovendien dat er in de Nigerdelta een bijzonder risico bestond op schade wegens veelvuldig geknoei aan installaties en pijpleidingen van Shell. In de dagvaarding en aan het begin van dit hoofdstuk is al uitvoerig uiteengezet, op welke wijze Shell Holding zich over deze zaken laat informeren.¹⁴⁶ Bij de daar gegeven voorbeelden is genoemd dat Shell Nigeria verantwoording moest afleggen aan het 'Social Responsibility Committee' over de wijze waarop zij uitvoering gaf aan de Algemene Beleidsuitgangspunten, de Gedragscode en het

¹⁴³ Lord Goff, *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* [1987] 1 A.C., p. 273E-G: “an occupier who negligently causes or permits a source of danger to be created on his land, and can reasonably foresee that third parties may trespass on his land and, interfering with the source of danger, may spark it off, thereby causing damage to the person or property of those in the vicinity, should be held liable to such a person for damage so caused to him.”

¹⁴⁴ Zie ook Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (**productie L.1**), nr.40.

¹⁴⁵ Bijvoorbeeld in 1994 en 2000. Zie krantenbericht **productie L.15**.

¹⁴⁶ Dagvaarding, hoofdstukken 7 ‘Feitelijke context: olie lekkages in de Nigerdelta’ en 12 ‘Feitelijke context: zeggenschap Shell plc over milieubeleid Shell Nigeria’.

HSSE & SP beleid. Ook ziet het Executive Committee toe op naleving van de concernstandaarden.¹⁴⁷

200. Zowel Shell Nigeria als Shell Holding wisten derhalve hoe acuut het risico van sabotage was en wisten eveneens dat de maatregelen die getroffen werden om sabotage tegen te gaan, niet konden volstaan. Shell Holding wist óók, dat de wijze waarop Shell Nigeria haar installaties bij discontinuering achterlaat, ernstig te wensen overlaat. In de dagvaarding – en meer recent in het UNEP-rapport – werd reeds gewezen op Shell Nigeria's slechte staat van dienst
201. Aldus liet Shell een situatie voortbestaan, waarvan zij behoorde te weten dat het gebruikelijke handelen van anderen deze tot een bron van gevaar maakte.

5.1.2.4 Conclusie 'proximity'

202. Geconcludeerd moet dan ook worden dat tussen Shell en eisers sprake is van proximity. Shell heeft er blijkens haar publicaties en beleidsdocumenten een speerpunt van gemaakt om schade aan mens en milieu die – direct of indirect – het gevolg is van haar aanwezigheid in Nigeria, te voorkomen. Zij heeft daarmee vrijwillig een verantwoordelijkheid op zich genomen, naast de reeds op haar rustende verantwoordelijkheid.
203. Shell Nigeria heeft bovendien willens en wetens een gevaarlijke situatie laten voortbestaan, terwijl zij wist dat daarin een risico bestond op misbruik door derden. Ook op basis van dit criterium had Shell Nigeria een zorgplicht om schade als gevolg van dergelijk misbruik te voorkomen.
204. Shell heeft voorts niet ingegrepen, terwijl zij concrete aanwijzingen had dat derden haar installaties manipuleerden en daardoor schade zouden veroorzaken. Zij had echter een zorgplicht om te deze manipulaties en sabotage effectief tegen te gaan.
205. Het voorgaande betekent dat zowel ten aanzien van Shell Holding als van Shell Nigeria voldaan is aan het vereiste van 'proximity' in relatie tot de bevolking van en nabij Oruma voor wat betreft het voorkomen van schade als gevolg van (sabotage-)olielekkages uit Shell's pijpleiding nabij Oruma.

5.1.3 Fair, just en reasonable

206. Het opleggen van een zorgplicht aan de gedaagde, dient onder de Caparo-test tot slot 'fair, just and reasonable' te zijn. Het aannemen van een zorgplicht van Shell om schade als gevolg van olielekkages aan haar installaties in Nigeria te voorkomen – ongeacht de oorzaak van die schade – is wenselijk en noodzakelijk.
207. In de stukken is al uitgebreid uiteengezet hoe groot de impact is van de aanwezigheid van Shell in Nigeria. Die aanwezigheid heeft enorme gevolgen voor het milieu en voor de lokale gemeenschappen die zich in de buurt van de Shell-installaties bevinden. Het profijt dat Shell trekt van haar aanwezigheid in Nigeria is enorm: zij maakt grote winsten in Nigeria en haalt daar een substantieel deel van haar totale olievoorraad vandaan.
208. Gezien de enorme discrepantie tussen de welvaart waar Shell voor staat en de armoede van het land waar zij actief is, valt te verwachten dat individuen zullen proberen op enige wijze van de aanwezigheid van Shell en haar installaties te profiteren, óók door sabotage. Daarover is in het kader van voorzienbaarheid van de schade al een en ander gezegd. Lokale leefgemeenschappen worden de dupe van de activiteiten van kwaadwillenden, doordat de lekkages zich bevinden op

¹⁴⁷ Dagvaarding, par. 12.4.6 'Business Exploratie en Productie', 12.4.7 'Geografische organisatie' en 12.4.8 'Assurance letters'.

door hun gebruikte landbouwgrond of woonomgeving. Zij verliezen aldus hun enige bron van inkomsten. Ook de schade die de lekkages hebben voor het milieu is enorm.¹⁴⁸

209. Het is in de hiervoor geschetste omstandigheden niet meer dan redelijk en juist, dat Shell een zorgplicht wordt opgelegd om dergelijke schade te voorkomen.

5.1.4 Conclusie zorgplicht

210. Geconcludeerd moet worden dat de schade die is ontstaan als gevolg van de sabotage aan de pijpleiding van Shell voorzienbaar was en dat Shell Nigeria en Shell Holding jegens eisers een verantwoordelijkheid hadden om te proberen dergelijke schade te voorkomen. Het opleggen van een dergelijke zorgplicht is ‘fair, just and reasonable’. Aldus is aan alle voorwaarden van de Caparo-test voldaan.
211. Nu is vastgesteld dat op Shell Holding én Shell Nigeria een zorgplicht rustte om schade als gevolg van sabotage van haar leidingen te voorkomen, moet naar Nigeriaans recht worden beoordeeld welke mate van zorg in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hen kon worden gevraagd. Uit de bespreking daarvan zal volgen dat Shell Holding en Shell Nigeria de op hen rustende zorgplicht hebben geschonden.

5.2 Breach of duty of care wegens het niet voorkomen van de lekkage

212. De omvang van de zorgplicht wordt bepaald door hetgeen van een redelijk persoon in de gegeven omstandigheden mag worden verwacht. Daarbij moet rekening worden gehouden met de bijzondere positie en bijzondere kennis en vaardigheden van gedaagde.¹⁴⁹
213. Om te bepalen of een zorgplicht daadwerkelijk is geschonden wordt rekening gehouden met een aantal factoren, zoals de voorzienbaarheid van de schade, de ernst van het risico, de praktische haalbaarheid van maatregelen en het sociale nut van de activiteiten van gedaagde.
214. Shell doet al sinds 1937 zaken in Nigeria. Shell bedient zich daarbij van hoogopgeleide professionals en heeft contacten bij de lokale bevolking, bedrijfsleven en de overheid. Door haar jarenlange ervaring in de Nigerdelta en haar bijzondere expertise, weet Shell precies wat de impact is van haar werkzaamheden en hoe groot en reëel het risico is op (lekkages als gevolg van) sabotage.
215. Shell maakt zelfs werk van een uitgebreide risico-inschatting bij haar operaties:

“The systematic assessment of the potential environmental, health and social impacts is a fundamental part of the way we design our projects or any changes to existing facilities. An impact assessment looks to identify the positive and negative impacts that can arise from our activities.

We familiarise ourselves with the environmental setting and regulations, consult with affected and interested parties, and plan from the earliest stages how we can reduce any impacts to an acceptable level and optimise the delivery of benefits.

We capture the goals we set in the impact assessment process in a management plan and must implement and track these through the life of the project or operation.

¹⁴⁸ Zie ook hoofdstuk 8 hieronder en dagvaarding, hoofdstuk 17 ‘Schade’.

¹⁴⁹ Dagvaarding, hoofdstuk 8 ‘Feitelijke context: invloed en zeggenschap Shell Nigeria’ en hoofdstuk 7 ‘Feitelijke context: olielekkages in de Nigerdelta’ en par. 12.2. ‘Nigeria is een concernbelang’ hoofdstuk 12 ‘Feitelijke context: zeggenschap Shell plc over milieubeleid Shell Nigeria’ en nr. 130.

During operations we work to maintain good relations with communities and other interested parties and to find ways to continually improve our social and environmental performance.”¹⁵⁰

216. Van degene, die van het verwerken van en handelen in olie in de Nigerdelta zijn bedrijf maakt, mag in de geschetste omstandigheden worden verwacht dat hij de nodige zorgvuldigheidsmaatregelen treft om verwezenlijking van dat risico te voorkomen. Dat geldt zeker voor een bedrijf als Shell dat stelt zichzelf zulke hoge standaarden op te leggen.
217. Daarbij is ook van belang, dat het voor Shell relatief eenvoudig is om dergelijke maatregelen te nemen. Shell heeft immers de mensen en de middelen om voor adequate bescherming van haar installaties te zorgen.
218. Shell voert aan dat zij wel degelijk maatregelen tegen sabotage heeft getroffen. Zij heeft, stelt ze, “overeenkomstig haar algemene beleid systemen geïmplementeerd om lekkages door sabotage van de Pijpleidingen zoveel mogelijk te voorkomen.”¹⁵¹ Daartoe, zegt Shell, heeft Shell Nigeria surveillancediensten ingehuurd om dagelijks de ‘Right of way’ van de pijpleidingen fysiek te inspecteren. Voorts zijn de pijpleidingen ingegraven, “hetgeen (mede) is geschied om sabotage te voorkomen”. Van overige ‘systemen’ of ‘beleid’ om sabotage te voorkomen blijkt uit de stukken van Shell niet.
219. In de omstandigheden waaronder Shell in de Nigerdelta werkt, zijn de door Shell genomen maatregelen volgens haar eigen stellingen ruimschoots onvoldoende om sabotage te voorkomen. Dat blijkt alleen al uit de in paragraaf 5.1.1 genoemde sabotagecijfers. De door Shell genomen maatregelen kunnen blijkbaar niet voorkomen dat – volgens Shell’s cijfers – 70% van de lekkages aan haar installaties het gevolg is van sabotage.
220. Het ingraven van de pijpleiding is volgens Shell zelf niet afdoende. Zij stelt daarover dat dit één van de systemen is dat zij overeenkomstig haar algemene beleid geïmplementeerd heeft om lekkages door sabotage zo veel mogelijk te voorkomen.¹⁵² Bijna alle transportpijpleidingen van Shell in de Nigerdelta lopen ondergronds; desalniettemin vindt ook daar volgens Shell op grote schaal sabotage plaats.
221. In dit licht zijn ook de surveillances waarvan Shell spreekt inadequaat. Indien een surveillancedienst eenmaal daags langskomt om de pijpleidingen te inspecteren, is het voor kwaadwillenden eenvoudig voor sabotagewerkzaamheden een moment te kiezen dat de surveillancedienst al is langs geweest, of daarvoor bijvoorbeeld de nacht uit te trekken.
222. Om het risico op lekkages als gevolg van sabotage te verminderen, had Shell bijvoorbeeld kunnen zorgen voor meer frequente surveillances. Daarvoor was niet veel méér nodig dan een uitbreiding van de overeenkomst met de reeds ingehuurde surveillancedienst. In dit verband wordt opgemerkt dat Shell inmiddels in Oruma de frequentie van de surveillances heeft opgevoerd.
223. Ook andere maatregelen zijn denkbaar en niet nodeloos ingewikkeld, zeker voor een bedrijf als Shell. Nabij Oruma is het eenvoudig zeer grote gedeelten van de pijpleiding vanuit één punt (op

¹⁵⁰ Zie Shell, ‘Impact assessment of our activities’, beschikbaar op: <http://www.shell.com/home/content/environment_society/s_development/our_commitments_and_standards/impact_assessment/>. Uit de Shell-brochure over HSSE (Shell Commitment and Policy on Health, Security, Safety, the Environment and Social Performance) in Shell, blijkt eveneens de uitgebreidheid van risico-inschatting.

¹⁵¹ CvA 13 mei 2009, nr. 26.

¹⁵² CvA 13 mei 2009, nr. 26.

de openbare weg) te controleren door middel van verre- en/of nachtkijkers.¹⁵³ Ook zijn er tal van technologische beveiligingsmogelijkheden, die in de dagvaarding ook al zijn genoemd en door Shell niet zijn weersproken. Aanpassing van gebruikte materialen kan er voorts voor zorgen dat sabotage ernstig wordt bemoeilijkt. Shell heeft inmiddels bijvoorbeeld pijpleidingen aangelegd waar een extra pijpleiding om de oliepijpleiding ligt met daartussen een laag heet water ('pipe-in-a-pipe'); uit die pijpleidingen hebben geen sabotages plaatsgevonden, aldus Shell.

"De heer Benschop: (...) we willen steeds meer veilige pijpleidingen ontwikkelen en plaatsen waar een extra laag met heet water tussen zit."¹⁵⁴

224. Steiner wijst op de vele mogelijkheden en stelt daarbij dat een bedrijf dat in de Nigerdelta opereert, redelijkerwijs niet kan nalaten die mogelijkheden ook te benutten:

"Taking into account the threat of Intentional [Third Party Damage] / Sabotage in an operating area, particularly one with such security risk as the Niger Delta, it is reasonable to expect an operating company to evaluate and incorporate into their Integrity Management program rigorous safety measures designed specifically to mitigate this threat. These additional sabotage prevention measures should include such things as more robust Design Factors including sabotage resistant pipe specifications, thicker walled pipe, reduced D/t ratio (pipe diameter / pipe wall thickness), higher grade steel, pipe-in-a-pipe or pipe-bundle technology, etc.; alternate choices for routing pipelines away from high risk areas; deeper burial of underground segments; more rigorous and frequent inspection protocols; enhanced Leak Detection Systems with greater sensitivity; better community engagement; and other traditional security techniques.

A crucial component of pipeline sabotage prevention system is enhanced pipeline surveillance. Pipeline surveillance regimes can include remote closed-circuit television cameras, fiber-optic sensor technology along the entire length of the pipeline, more frequent aerial patrols, remote listening devices (e.g. hydrophones, etc.) to detect drilling, digging, tapping, engine noise, explosions; satellite imaging; and so forth. Additional technologies that should be considered for Nigeria include the Westminster DDS-J Diver Detection Sonar system that scans a distance of 1 km / node, 25 m on each side and 50 m vertically, has hydrophones to detect any disturbance, and sounds an alarm when a disturbance occurs in the scanned area. As well, fiber-optic cable sensors can detect digging, tapping, or other disturbance, with one sensor capable of scanning a 40 km pipeline segment. Once an enhanced surveillance system is implemented, a robust public information campaign to inform local residents that enhanced security is in place will act as a deterrent to sabotage."¹⁵⁵

225. De kosten van dergelijke maatregelen vallen in het niet bij de winsten die Shell in Nigeria boekt – en bij de schade die de sabotage van de leidingen voor de bewoners van de Nigerdelta en voor het milieu tot gevolg heeft. Shell had de risico's op relatief eenvoudige wijze kunnen bestrijden; zij heeft daartoe de middelen, de expertise en de contacten.
226. Ook Shell Holding was zich van de risico's ten volle bewust. Shell Holding liet zich, zo is reeds gebleken, uitvoerig informeren over de risico's en de wijze waarop Shell Nigeria deze – met in

¹⁵³ Zie ook hetgeen hierna wordt opgemerkt over de Right of Way (nr. 293).

¹⁵⁴ Zie de notulen van het debat over Shell Nigeria op de Afrikadag 2011 (29 oktober 2011), beschikbaar op <<https://www.afrikadag.nl/doc/notulen/Zaken%20doen%20in%20Afrika.pdf>>, laatst bezocht op 7 december 2011.

¹⁵⁵ R. Steiner, 'Double Standards? International Standards to Prevent and Control Pipeline Oil Spills, Compared with Shell Practices in Nigeria', University of Alaska (november 2008) (**productie B.1**), p. 20.

achtneming van de voorgeschreven concernnormen – tegemoet trad. Shell Holding wist derhalve wat er in Nigeria gaande was en kon gebeuren.

227. Shell Holding was goed in staat om invloed uit te oefenen op de wijze waarop Shell Nigeria haar werkzaamheden verrichtte en hoefde zich daarvoor geen buitensporige inspanningen te getroosten.
228. In de dagvaarding is gedetailleerd aangegeven dat Shell Holding op alle kernonderdelen van de operaties van Shell Nigeria weet wat er gebeurt en daar bovendien sturing aan geeft.
229. Die sturing vindt niet alleen plaats via (getrapte) rechtstreekse aandeelhoudersbeslissingen; het 100% aandeelhouderschap wordt met name ook indirect gebruikt voor sturing vanuit de Executive Committee. Zoals uit de Group Governance Guide blijkt, heeft Shell Holding veel meer centrale invloed dan zuiver op basis van aandeelhouderschap zou bestaan. Het concern functioneert als een eenheid, waarbij op functionele gebieden nergens sprake is van scheiding in verschillende ‘rechtspersonen’. De aansturing behelst veel meer dan zuiver het aanstellen van bestuurders en behelst “heldere inhoudelijke verwachtingen” over hoe Shell Nigeria dient te worden bestuurd, door het verschaffen van leiding over beleid en strategie:

“The Group Holding Companies – directly or indirectly – have a controlling interest in many Shell companies, usually through having a majority of shareholding voting rights. The Group Holding Company boards, supported by CMD [Executive Committee], set clear expectations as to how such companies are to be run, by providing guidance on policy and strategy.”¹⁵⁶

230. De aansturing door Shell Holding bestaat onder meer uit:

- beslissingen over het voorkomen van lekkages en de (financiële en andere) middelen die daartoe worden aangewend, zoals voor onderhoud en bescherming van pijpleidingen;¹⁵⁷
- concernrichtlijnen over milieubeleid;¹⁵⁸
- allocatie van concernkennis en -kapitaal voor bestrijding van schade als gevolg van olie lekkages;¹⁵⁹
- advisering aan Shell Nigeria op welke wijze lekkages moeten worden gesaneerd.¹⁶⁰

231. In de conclusie van antwoord zijn geen van deze aansturingswijzen gemotiveerd betwist. De algemene stellingen van Shell dat Shell Holding slechts aandeelhouder is en op algemene wijze sturing geeft aan Shell Nigeria is – zeker in het licht van de specifieke vormen van aansturing die zijn genoemd – onvoldoende.¹⁶¹
232. Geconcludeerd moet dan ook worden dat zowel Shell Holding als Shell Nigeria, de op hen rustende zorgplicht om adequate maatregelen te treffen tegen lekkages als gevolg van sabotage, hebben geschonden.

¹⁵⁶ GGG (**productie E.1**), p. 3.

¹⁵⁷ Zie onder andere: dagvaarding, par. 12.4.1 ‘Investeringsen’ en 12.4.8 ‘Assurance letters’.

¹⁵⁸ Dagvaarding, par. 12.4.3 ‘Health, Safety and Environment Beleid’ en 12.4.4 ‘Shell General Business Principles’.

¹⁵⁹ Zie onder andere: dagvaarding, par. 12.4.6 ‘Business Exploratie en Productie’ en 12.4.7 ‘Geografische organisatie’.

¹⁶⁰ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 145. Zie ook: dagvaarding, par. 12.4.6 ‘Business Exploratie en Productie’ en 12.4.7 ‘Geografische organisatie’.

¹⁶¹ Dagvaarding, hoofdstuk 12 ‘Feitelijke context: zeggenschap Shell plc over milieubeleid Shell Nigeria’. Deze sturing blijkt overigens voor het grootste deel rechtstreeks uit documenten die van Shell afkomstig zijn.

5.3 Causaliteit van de schade

233. Tot slot moet voor aansprakelijkheid naar Nigeriaans recht worden vastgesteld, dat de geleden schade het gevolg is van het verweten nalaten. De schade van eisers is een direct gevolg van de lekkages aan de installaties van Shell, óók als deze lekkages het gevolg zijn van sabotage. Immers, als Shell aan haar zorgplicht tot het voorkomen van (sabotage-)lekkages zou hebben voldaan, zouden de litigieuze lekkages niet hebben plaatsgevonden en zou de leefomgeving van eisers en het milieu nabij Oruma niet zijn aangetast.

Op de omvang van de schade wordt in hoofdstuk 8 nader ingegaan.

5.4 Overige relevante torts: nuisance and trespass to chattel

234. Het nalatig optreden van Shell Nigeria bij het voorkomen van de lekkage, valt tevens onder de ‘torts of nuisance’ en ‘trespass to chattel’. Van nuisance is immers sprake, wanneer een partij bewust of onachtzaam handelt en daarmee het gebruik of bezit van land verstoort. ‘Trespass to chattel’ ziet eveneens op een inbreuk op bezit of gebruik – in dit geval van land, visvijvers en beplanting – als gevolg van bewust of onachtzaam handelen. Voor ‘trespass to chattel’ is, in tegenstelling tot nuisance, echter niet noodzakelijk dat er daadwerkelijk sprake is van schade: de enkele inbreuk is reeds voldoende voor aansprakelijkheid.
235. Shell Nigeria heeft ten aanzien van het voorkomen van de lekkage in Oruma onachtzaam gehandeld. Zoals hierboven in paragrafen 5.1 en 5.2 is uiteengezet, was zij op de hoogte van de risico’s van sabotage, maar liet na daartegen adequate maatregelen te treffen.
236. Het verweer dat de overlast door toedoen van een derde – namelijk als gevolg van sabotage – is ontstaan, kan Shell niet baten nu voor Shell het veelvuldig voorkomen van sabotage een gegeven was, maar zij desalniettemin naliet daartegen adequate maatregelen te treffen.¹⁶²
237. Als gevolg van deze nalatigheid is het milieu vervuild en heeft de olie zich kunnen verspreiden over het land, de visvijvers en beplanting van eisers. Daarmee is reeds aan de voorwaarden voor ‘trespass to chattel’.
238. Nu eisers ook schade hebben geleden als gevolg van deze vervuiling, is Shell eveneens aansprakelijk uit hoofde van nuisance.

6 AANSPRAKELIJKHEID VOOR INADEQUATE REACTIE

239. Eisers verwijten Shell dat zij inadequaat gereageerd heeft op de olie lekkage omstreeks 26 juni 2005. Hierdoor heeft de olie tot 7 juli 2005 uit de pijpleiding kunnen stromen en zich snel in het milieu verspreid via onder andere de krekens. Shell had echter een zorgplicht om de lekkage zo snel mogelijk te stoppen en verdere schade te voorkomen.

6.1 Duty of care om adequaat op olie lekkage te reageren

240. Of op Shell een zorgplicht rustte om schade als gevolg van de olie lekkage te voorkomen, moet wederom worden vastgesteld aan de hand van de drie criteria uit de Caparo-test, namelijk de voorzienbaarheid van de schade, de relatie tussen eisers en gedaagden en het rechtvaardigheids criterium.

¹⁶² Zie paragraaf 4.3 hierboven.

6.1.1 Voorzienbaarheid van de schade

241. Shell was bekend met de ernstige nadelige effecten die olielekages hebben, in het bijzonder in het kwetsbare gebied van de Nigerdelta. Verwezen wordt te dien aanzien naar de paragraaf 5.1.1 hierboven, waarin ook naar de dagvaarding wordt verwezen.
242. De vele kreekjes en rivieren in de Nigerdelta, alsmede de dichtbevolktheid van de regio, brengen mee dat er een groot en voorzienbaar risico is van extra schade, wanneer gelekke olie de kans krijgt zich te verspreiden. Onder meer via het grondwater opgenomen, vervuult de olie landbouwgrond en drinkwater. Indien in een dergelijk kwetsbaar natuurgebied niet terstond en adequaat op een olielekage wordt gereageerd, leidt dat derhalve tot (snelle) toename van de schade die is ontstaan door de olielekage.
243. Shell was zich van deze omstandigheden en risico's ten volle bewust. Er kan dan ook niet anders worden geconcludeerd, dan dat de schade volgend uit inadequaat optreden na de lekage, was te voorzien.
244. Shell is tevens op de hoogte van de specifieke problemen in Nigeria die ertoe kunnen leiden “dat de omvang en de milieugevolgen van een lek vaak aanzienlijk groter zijn dan wanneer het incident zich in andere gebieden [dan de Nigerdelta] had voorgedaan.”¹⁶³
245. Dat Shell Holding naar eigen zeggen niet op de hoogte was van deze specifieke lekage doet aan de voorzienbaarheid van de schadetoename niet af. Ook als de lekage bij Oruma op grond van door Shell Holding opgestelde criteria aan haar niet gemeld had hoeven worden, kan dat immers niets anders betekenen dan dat Shell Holding in het algemeen heeft voorzien dat bij lekages op een bepaalde wijze zou moeten worden gereageerd. Shell Holding heeft hier alleen de *keuze* gemaakt dat bepaalde lekages voor haar niet belangrijk genoeg zijn om ervan op de hoogte te worden gesteld en vervolgens zelf ten aanzien van die specifieke lekage de voorzienbare reactie van Shell Nigeria te kunnen beïnvloeden.

6.1.2 Proximity

246. In het voorgaande hoofdstuk is uiteengezet dat Shell ten aanzien van eisers een zorgplicht had om schade als gevolg van olielekages, óók indien deze het gevolg zijn van sabotage, te voorkomen. Uit deze zorgplicht vloeit tevens een verantwoordelijkheid jegens eisers voort, om schade als gevolg van olielekages zo veel mogelijk te beperken door adequaat optreden door Shell.
247. Indien Shell aansprakelijk wordt geacht jegens eisers ten aanzien van het niet voorkomen van de lekage, bestaat tussen eisers en Shell op basis van deze aansprakelijkheid reeds een directe relatie. Op grond van dezelfde verbintenis heeft Shell een zorgplicht jegens eisers om de schade die uit de lekage voortvloeit zoveel mogelijk te beperken. Wanneer derhalve een zorgplicht jegens eisers wordt aangenomen ten aanzien van het voorkomen van schade, is de proximity tussen eisers en gedaagde bij de verantwoordelijkheid van Shell om schade te beperken, een gegeven.
248. Ook als Shell jegens eisers geen zorgplicht had om de lekages als gevolg van sabotage te voorkomen, rustte op haar een zorgplicht om schade van eisers als gevolg van ontstane lekages – van welke aard dan ook – zoveel mogelijk te beperken door snel en adequaat te reageren. Deze verantwoordelijkheid volgt uit de bijzondere relatie tussen Shell en eisers,

¹⁶³ Brief P. de Wit, president van Shell Nederland B.V. aan de Voorzitter van de Vaste Commissie van Economische Zaken d.d. 21 januari 2011, p. 4

waarbij op Shell de verplichting rustte om de nadelige gevolgen van haar werkzaamheden voor de leefomgeving van eisers en het milieu zo veel mogelijk te beperken.

249. Bovendien is Shell Holding verantwoordelijk voor het laten voortbestaan van een gevaarlijke situatie, terwijl zij wist dat er een aanzienlijke kans was dat deze tot schade zou leiden.
250. Hierna zal eerst de op Shell rustende verantwoordelijkheid worden besproken en vervolgens worden ingegaan op het feit dat Shell een gevaarlijke situatie heeft laten voortbestaan.

6.1.2.1 Proximity als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid

251. Op Shell Nigeria en Shell Holding rustte een bijzondere verantwoordelijkheid ten aanzien van eisers, om schade als gevolg van de olielekages zoveel mogelijk te voorkomen en bij haar optreden in reactie op de lekages de nodige zorgvuldigheid te betrachten. Dit vloeit – voor Shell Nigeria – voort uit het toepasselijke regelgevend kader en voor zowel Shell Nigeria als Shell Holding uit de normen die Shell zich als concern stelt te hebben aangemeten ten aanzien van de leefomgeving van hen, die zich in de nabijheid van haar installaties bevinden.
252. De relevante Nigeriaanse wetgeving gebiedt dat indien een lekkage heeft plaatsgevonden, de schade daarvan zoveel mogelijk beperkt dient te worden.¹⁶⁴ Deze verplichting staat nadrukkelijk los van de oorzaak van de lekkage.¹⁶⁵ Het Nigeriaanse National Oil Spill Contingency Plan en de EGASPIN leggen oliemaatschappijen daartoe specifieke taken en verantwoordelijkheden op bij het uitoefenen van hun werkzaamheden in Nigeria.
253. Ook indien deze Nigeriaanse regelgeving geen onafhankelijke basis biedt voor verhaal, speelt ze wel een rol bij het bepalen van de mogelijke aansprakelijkheid van Shell Nigeria op grond van nalatigheid. Hier is immers sprake van “imposed responsibility”.¹⁶⁶
254. Over de algemene verantwoordelijkheid die uit deze bronnen voortvloeit is al het een en ander gezegd.¹⁶⁷ Oliemaatschappijen dienen een hoge zorgvuldigheidsnorm in acht te nemen om lekages en schade als gevolg van ontstane lekages te voorkomen.
255. Zij dienen daarom onder meer een Oil Spill Contingency Plan te hebben geïmplementeerd, dat ziet op het voorkomen en verhelpen van lekages, alsmede de sanering van de vervuilde omgeving. Ook het Nigeriaanse National Oil Spill Contingency Plan (NOSCP) moet door de operator Shell Nigeria geïmplementeerd worden.¹⁶⁸
256. Het NOSCP verlangt onder andere dat maatregelen worden genomen om te voorkomen dat de olie wegstroomt en met het grondwater mengt.¹⁶⁹ Ook dient schoon drinkwater te worden verschaft aan de lokale bewoners.

¹⁶⁴ Zie dagvaarding, par. 9.3 ‘Tekortschieten in voorkomen van de olielekage’. Zie ook UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 150.

¹⁶⁵ “An operator shall be responsible for the containment and recovery of any spill discovered within his operational area, whether or not its source is known. The operator shall take prompt and adequate steps to contain, remove and dispose of the spill”. EGASPIN 2002, p. 152 (**productie G.1**).

¹⁶⁶ Zie ook hierboven, par. 5.1.2.1 ‘Bijzondere relatie als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid’.

¹⁶⁷ Zie hierboven, par. 5.1.2.1 ‘Bijzondere relatie als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid’.

¹⁶⁸ NOSCP (**productie G.3**) par. 1.0, p. 1: “This plan (...) is binding on all operators in the exploration, exploitation, production, distribution, marketing, transportation, storage and handling of petroleum products.”

¹⁶⁹ NOSCP (**productie G.3**), par. 17.3, pp. 62-63: “Action will follow the principles set out below with utmost speed to prevent the oil from seeping into the ground. (...) provide alternative clean water for communities likely to be affected by the oil spill.”

“If oil has seeped into the ground adopt the principles of recovery of oil from underground, viz.: (...) provide alternative clean water for communities likely to be affected by the oil spill”.¹⁷⁰

257. Ook de EGASPIN vereisen onmiddellijk handelen om te voorkomen dat gelekke olie zich verspreidt. Zo schrijven de EGASPIN onder meer voor dat hoge prioriteit worden gegeven aan het voorkomen dat de olie in nabij gelegen kreek en rivieren terecht komt:

“Due consideration should be given to prevent groundwater contamination. This is particularly necessary in areas where groundwater table is close to the surface. In a situation where a spill occurs adjacent to water courses and drainage systems, a high priority shall be given to containment procedures to prevent its spread into these areas.”¹⁷¹

258. De EGASPIN beschrijven verschillende manieren, waarop ervoor gezorgd kan worden dat olie zich niet verder over grond en/of land verspreid.¹⁷²

259. Teneinde het handelen van oliemaatschappijen na een lekkage te kunnen monitoren en toetsen, kennen de EGASPIN bovendien een aantal rapportageverplichtingen. Zo is Shell Nigeria op grond van de EGASPIN verplicht om elke dag na het constateren van de olie lekkage een journaal bij te houden met betrekking tot de lekkage, tot op de dag dat de saneringsoperaties zijn afgerond:

“A log of daily events shall be kept from the time a spill is first noticed until clean-up operations are completed.”¹⁷³

260. Bovendien moet Shell Nigeria een logboek bijhouden met alle ontwikkelingen vanaf het moment dat de olie lekkage is geconstateerd tot het moment dat de sanering is afgerond. Daarnaast dient zij binnen 24 uur aan de directeur van de ‘Department of Petroleum Resources’ van Nigeria een ‘Oil Spill/Leakage Notification Report’ alsmede een vervolgrapport (binnen 14 dagen na het incident) en – vier weken na de lekkage – een saneringsrapport te zenden.¹⁷⁴

261. Naast deze ‘imposed responsibilities’ heeft Shell, zoals reeds betoogd, als concern vrijwillig de verantwoordelijkheid op zich genomen om schade als gevolg van olie lekkages te voorkomen.¹⁷⁵

262. Dat Shell de normen, verwoord in Nigeriaanse en internationale regelgeving, tot de hare rekent, blijkt onder meer uit Stelregel 8 van de Algemene Beleidsuitgangspunten, waarin Shell aangeeft alle voorschriften van de landen waarin ze opereert te zullen naleven.

263. Maar Shell gaat verder dan dat. Niet voor niets geeft Shell in haar HSSE&SP commitment aan voor zichzelf een ‘leading role’ weggelegd te zien ‘in promoting best practice in our industries’.

264. Shell verwoordt publiekelijk veelvuldig haar commitment om een bijdrage te leveren aan de Nigeriaanse samenleving en leefomstandigheden. In haar General Business Principles en haar HSSE&SP commitment and policy heeft Shell het streven naar een beter milieu en bijdragen

¹⁷⁰ NOSCP (**productie G.3**), par. 17.3, p. 63.

¹⁷¹ EGASPIN (**productie G.2**), p. 148, par. 2.6.2.

¹⁷² EGASPIN (**productie G.2**), p. 148, par. 2.5.3 sub (ii): “For land facilities, operators shall stock equipment capable of moving earth to serve as barriers.” En par. 2.6.2: “For containment on land, the spill may be prevented from spreading by containment ditches.”

¹⁷³ EGASPIN (**productie G.1**), p. 150, par. 2.10.1: “A log of daily events shall be kept from the time a spill is first noticed until clean-up operations are completed.”

¹⁷⁴ EGASPIN (**productie G.1**), p. 161, Appendix VIII-B2, Form A: ‘Oil Spill/Leakage Notification Report’, Form B: ‘Oil Spill/Leakage Report’ en C: ‘Oil Spillage Response/Clean-up Report’.

¹⁷⁵ Zie hierboven, par. 5.1.2.1 ‘Bijzondere relatie als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid’.

aan het welzijn van lokale gemeenschappen bovendien als verplichting voor haar maatschappijen en werknemers vervat.¹⁷⁶ Zij stelt daarbij expliciet zich voor lokale gemeenschappen in te spannen om “nadelige effecten van onze activiteiten te verminderen”.¹⁷⁷ Verwezen wordt verder naar hetgeen hierover reeds werd gezegd in de paragraaf 5.1.2.1 hierboven. In die paragraaf is ook reeds uiteen gezet, dat en hoe Shell Holding toezicht uitoefent op de naleving van het centraal vastgestelde beleid.

265. Het aldus verwoorde commitment van Shell kan in redelijkheid niets anders betekenen dan dat Shell een bijzondere verantwoordelijkheid op zich heeft genomen – ook voor zover die niet reeds uit de Nigeriaanse regelgeving voortvloeit – om bij lekkages snel en adequaat op te treden teneinde schade voor lokale gemeenschappen te voorkomen.

6.1.2.2 Shell Holding is verantwoordelijk voor situatie die tot schade door derden kon leiden

266. Het niet adequaat reageren op olielekkages vormt een gevaar voor milieu en gezondheid (verwezen wordt naar hetgeen daarover reeds is opgemerkt), zeker in de Nigerdelta en nabij Oruma waar geëkte olie zich gemakkelijk in het kwetsbare milieu kan verspreiden.
267. Shell Holding heeft gesteld dat zij geen kennis had van de lekkage nabij Oruma, vanwege de relatief beperkte omvang daarvan.¹⁷⁸ Uit deze stellingen van Shell volgt dat Shell Holding haar verantwoordelijkheid blijkbaar beperkt acht tot lekkages van een zekere – grotere – omvang of implicatie.
268. Uit dat beleid volgt, als wij de stellingen van Shell voor waar nemen, dat Shell welbewust afzijdig is gebleven van een situatie die zij kon beïnvloeden en waarvan zij wist dat deze een risico inhield.
269. Shell Holding kiest er dus welbewust voor om zichzelf niet door Shell Nigeria te doen informeren over voor haar ‘onbelangrijke’ lekkages. Op grond van haar zelf bepaalde beleid, heeft zij van deze specifieke lekkage geen kennis genomen en paste ze bij de reactie daarop geen sturing toe (volgens Shell’s stellingen). Zij liet de wijze van reageren op de lekkage volledig aan Shell Nigeria over, op basis van een inschatting van de ernst van de situatie door Shell Nigeria zelf.
270. Uit de aan Shell Holding bekende kwartaalrapportages waaruit deze kleine lekkages wel afgeleid kunnen worden was haar bekend hoeveel dergelijke lekkages plaatsvonden; ook het feit dat deze lekkages niet adequaat werden opgeruimd door Shell Nigeria was Shell Holding (en ook algemeen) bekend.
271. Shell Holding wist derhalve dat door deze prioritering Shell Nigeria op een ‘onbelangrijke’ lekkage als die bij Oruma niet adequaat zou reageren. Aldus stond zij oogluikend toe dat Shell Nigeria reageerde op een wijze die het mogelijk maakte dat nog grotere schade als gevolg van de verspreiding van de olie ontstond.
272. De welbewuste keuze van Shell Holding om zich niet te doen informeren over ‘onbelangrijke’ lekkages van 63000 liter olie, heeft de situatie doen ontstaan dat Shell Nigeria inadequaat op lekkages reageerde. Hierdoor liet Shell Holding een gevaarlijke situatie voortbestaan, terwijl zij goed op de hoogte was van de daarbij horende risico’s. Alternatief was in ieder geval sprake van een situatie waarop Shell Holding kon ingrijpen en waarvan zij wist dat Shell Nigeria daarvan veelvuldig gebruik maakte om een gevaarlijke situatie voor derden te doen ontstaan.

¹⁷⁶ Algemene Beleidsuitgangspunten, stelregels 5 en 6; Shell HSSE & Social Performance zie ook hierboven par. 5.1.2.1 ‘Bijzondere relatie als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid’.

¹⁷⁷ Stelregel 6 van de Algemene Beleidsuitgangspunten.

¹⁷⁸ CvA 13 mei 2009, nrs. 72 en 138.

Aldus is voldaan aan het derde dan wel het vierde criterium uit *Smith v. Littlewoods* en is er sprake van proximity, juist ook ten aanzien van de inwoners van Oruma die het slachtoffer werden van een voor Shell Holding onbelangrijke lekkage en de inadequate en daarmee schade vergrotende reactie van Shell Nigeria daarop.

273. De vraag, in hoeverre ingrijpen door Shell Holding wel proportioneel zou zijn dient niet hier, maar in het kader van de ‘reasonable standard’ (dus bij de vraag of sprake is van de schending van een zorgplicht) te worden beantwoord.

6.1.3 Fair, Just, Reasonable

274. Het aannemen van een zorgplicht voor zowel Shell Nigeria als Shell Holding om te zorgen dat bij lekkages adequaat wordt opgetreden is niet alleen redelijk naar eisers, die als gevolg van nalatigheid door Shell schade hebben geleden. Het aannemen van een zorgplicht is ook uit beleidsmatig oogpunt wenselijk en zelfs noodzakelijk.
275. De werkzaamheden van Shell in Nigeria hebben een enorme impact op samenleving en milieu. Daarvoor is Shell zelf verantwoordelijk. De kosten die met het voldoen aan die zorgplicht gepaard gaan, in dit geval de kosten die voortvloeien uit het snel en adequaat optreden bij lekkages, behoren eenvoudigweg deel uit te maken van de vaste kosten die het oliewinnen in Nigeria met zich mee brengen. Het enorme profijt dat het Shell-concern heeft van het oliewinnen in Nigeria dient ook hierbij mee te wegen ten gunste van het aannemen van een zorgplicht.
276. Dat Shell, zoals zij graag aanvoert, op velerlei wijze zou proberen bij te dragen aan de Nigeriaanse samenleving, of dat de – grotendeels corrupte – Nigeriaanse staat meeprofiteert van de oliewinning in Nigeria, kan Shell niet ontslaan van haar zorgplicht om de negatieve effecten van haar werkzaamheden te minimaliseren. Het is eerlijk, juist en redelijk dat Shell de verplichting heeft haar verantwoordelijkheden te nemen.

6.1.4 Conclusie zorgplicht

277. De schade als gevolg van het inadequaat reageren op de lekkage was voor Shell voorzienbaar; tussen Shell en eisers bestond proximity ten aanzien van de adequate reactie; de zorgplicht om adequaat te reageren kan in redelijkheid aan Shell worden opgelegd. Daarmee is aan de drie criteria voor het bestaan van een zorgplicht naar Nigeriaans recht voldaan.
278. Voor de volledigheid wordt hierbij nog het volgende opgemerkt. Zoals uit het voorgaande volgt, is voor het bestaan van een zorgplicht van Shell Holding ten aanzien van de adequate reactie op de lekkage in Oruma *niet* noodzakelijk dat zij van deze specifieke lekkage op de hoogte was. Hiervoor is aangegeven dat de inadequate reactie van Shell Nigeria, die het gevolg is van nalaten van Shell Holding om in te grijpen in het beleid van Shell Nigeria, voorzienbaar was. Verder is het redelijk om dit ingrijpen van Shell Holding te vergen. Reeds daaruit volgt de zorgplicht van Shell Holding om voor een betere reactie door Shell Nigeria zorg te dragen. De inadequate reactie van Shell Nigeria op de specifieke lekkage bij Oruma is het gevolg van het nalaten van Shell Holding om te voldoen aan haar zorgplicht om *ook* bij voor haar in financieel of publicitair opzicht minder belangrijke olielekages voor adequate reactie zorg te dragen. Hierna zal worden ingegaan op welk handelen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van Shell kon worden gevraagd.

6.2 Breach of Duty of Care wegens inadequate reactie op de lekkage

279. Zoals herhaaldelijk aangegeven, geldt voor de omvang van de zorgplicht wat van een redelijk persoon mag worden verwacht, rekening houdend met de specifieke kwaliteiten van de

gedaagde. Daarbij gelden factoren zoals de voorzienbaarheid van de schade, de ernst van het risico, de praktische haalbaarheid van maatregelen en het sociale nut van de activiteiten van gedaagde.

280. Dat Shell wist welke schade zou (kunnen) ontstaan wanneer een olie lekkage niet tijdig zou worden verholpen, moge duidelijk zijn. Volgens Shell's eigen jaarrapporten vinden jaarlijks gemiddeld 250 lekkages plaats uit Shell olie-installaties.¹⁷⁹ Uit Shell's eigen publicaties blijkt bovendien, dat Shell van het inschatten van mogelijke risico's veel werk maakt.¹⁸⁰ Op het moment dat de olie eenmaal lekt, is het gevaar zich aan het verwezenlijken en is de kans op schade dus aanzienlijk. Hoe langer men wacht met ingrijpen, hoe groter de schade aan mens en milieu zal zijn.
281. Tegen deze achtergrond mag van Shell worden verwacht dat zij een goed werkend systeem heeft om olie lekkages te ontdekken en in geval van een lekkage een adequaat plan heeft om in te grijpen en de schade te beperken.
282. Shell Nigeria heeft echter direct nadat haar de lekkage was gemeld geen maatregelen genomen om de verspreiding van de olie te voorkomen. Zij heeft dit evenmin gedaan bij het opnieuw vaststellen van de lekkage of bij het dichten van het gat in de pijpleiding. De lekkage nabij Oruma was op 26 juni 2005 geconstateerd en aan Shell Nigeria gemeld door een surveillance team dat werkte in opdracht van en voor rekening van Shell Nigeria. Ondanks dat deze melding werd gedaan door opdrachtnemers van Shell Nigeria zelf, heeft zij de oliestroom door de pijpleiding toen niet gestopt. Zij liet eerst – pas drie dagen later op 29 juni 2005 – een ander team de lekkage verifiëren. De oliestroom is pas gestopt om 7 juli 2007. Pas op 9 juni 2005 heeft Shell de olie ingedamd.
283. Als Shell al systemen had geïmplementeerd om lekkages te ontdekken, waren deze kennelijk niet adequaat om terstond op een dergelijke lekkage te reageren.¹⁸¹ Shell Nigeria heeft ten onrechte niet onmiddellijk na de melding van haar eigen surveillanceteam de pijpleiding stilgelegd¹⁸² en andere maatregelen genomen om verspreiding van de olie te voorkomen. Hierdoor heeft de olie gedurende twaalf dagen uit de pijpleiding kunnen stromen en zich gedurende veertien dagen kunnen verspreiden over land en wateren.
284. Eisers stellen meer in het algemeen dat het beleid dat Shell Nigeria voert ten aanzien van de reactie op olie lekkages niet adequaat is. Op grond van de EGASPIN dient terstond gereageerd te worden, hetgeen niet strookt met de door Shell aangegeven vaste gang van zaken: “de melding te bevestigen, de omvang van de lekkage te bepalen, te bepalen wat nodig zou zijn om

¹⁷⁹ Dagvaarding, overzicht ‘Aantallen olie lekkages Shell Nigeria, volgens jaarrapporten van Shell Nigeria’, pp. 15-16

¹⁸⁰ Zie Shell, ‘Impact assessment of our activities’, beschikbaar op: http://www.shell.com/home/content/environment_society/s_development/our_commitments_and_standards/impact_assessment/ (laatst bezocht op 9 december 2011. Uit de Shell-brochure over HSSE (Shell Commitment and Policy on Health, Security, Safety, the Environment and Social Performance) in Shell, blijkt eveneens de uitgebreidheid van risico-inschatting Zie ook hoofdstuk 5 ‘Aansprakelijkheid voor onvoldoende voorkomen sabotage’ hierboven.

¹⁸¹ Shell stelt dat Shell Nigeria overeenkomstig haar algemene beleid systemen geïmplementeerd heeft om onverhoopt optredende lekkages zo snel mogelijk te ontdekken, namelijk de surveillancedienst Rotina Orubo and Sons Ltd. (die is ingehuurd om zeven dagen per week de ‘Right of Way’ van de pijpleiding fysiek te inspecteren) en door gebruik van transporthelikopters door Shell Nigeria zelf (de vliegroutes liggen boven de tracés van de ‘Right of Way’). Ook stelt Shell dat Shell Nigeria een systeem hanteert dat periodiek de druk in de pijpleiding meet waardoor een eventuele significante daling van deze druk tijdig kan worden ontdekt (CvA 13 mei 2009, nrs. 26 en 27).

¹⁸² De aanwezigheid van de reserveleiding had immers de mogelijkheid gegeven om de productie gewoon voort te zetten.

eventueel noodzakelijke reparatiewerkzaamheden veilig te kunnen uitvoeren en het lek, indien aanwezig, te repareren, en om indien mogelijk reeds direct noodzakelijke maatregelen te nemen tot het indammen van de uitgestroomde olie.”¹⁸³ Dit is een omslachtige en inadequate werkwijze, die niet strookt met de spoed die noodzakelijk is in het kwetsbare milieu van de Nigerdelta, en in het bijzonder de omgeving van Oruma.

285. Ook uit het feit dat Shell Nigeria niet voldoet aan de verplichtingen van de EGASPIN om een logboek bij te houden vanaf het moment van lekkage tot en met voltooiing van de saneringswerkzaamheden,¹⁸⁴ alsmede aan haar verplichting tot het indienen van een ‘Oil Spill/Leakage Notification Report’, een vervolgrapport en een saneringsrapport,¹⁸⁵ blijkt dat Shell in het algemeen tekort schiet in haar zorgplicht om schade als gevolg van lekkages te voorkomen en bij haar werkzaamheden een grote mate van zorgvuldigheid te betrachten.¹⁸⁶
286. In dit verband zij nog gewezen op Steiner, die eveneens constateert dat Shell Nigeria in haar reactie op olielekages beleidsmatig tekortschiet:

“With regard to oil spill response, SPDC clearly falls far below the internationally recognized Best Practice standards as set in Prince William Sound Alaska and the Shell Beaufort Sea Exploration C-Plan. SPDC spills about 8,000 – 15,000 tons of oil / year (far more than they report), of which on average only 16% is recovered. The 2004 Goi and 2005 Oruma oil spills from SPDC pipelines are discussed, and these spills evidence negligent behavior on behalf of Shell, much as many other oil spills in the Niger Delta.”¹⁸⁷
287. Ook het UNEP bevestigt dat Shell Nigeria niet adequaat reageert onder het kopje “Poor due diligence” (gebrekkige gepaste zorgvuldigheid).¹⁸⁸
288. Shell heeft de middelen en de techniek om in geval van lekkages – en in dit specifieke geval – sneller te reageren teneinde schade te voorkomen. In tegenstelling tot wat Shell betoogt, was het nemen van adequate maatregelen ook praktisch haalbaar.
289. Shell stelt dat “[v]oorafgaande verificatie van het bestaan en van de plaats van de lekkage (...) wel degelijk noodzakelijk [is omdat] [i]n de Nigeriaanse praktijk (...) onterechte of incorrecte meldingen van dergelijke lekkages met enige regelmaat voor[komen].” Het is eisers onduidelijk hoe deze stelling zich verhoudt tot de stelling dat Shell voldoet aan haar plicht om oplettend te zijn voor lekkages door het inhuren van een (plaatselijk) surveillance team. Wanneer Shell een melding van haar eigen opdrachtnemers niet vertrouwt, zijn deze opdrachtnemers niet adequaat. De verantwoordelijkheid daarvan ligt bij Shell en niet bij eisers.
290. Eisers wijzen in dit kader ook op de mogelijkheid een Leak Detection System (LDS) te hanteren, waardoor plaatselijke verificatie niet meer noodzakelijk is. Nog los van het feit dat de door Shell gebruikte “systemen” niet zijn aan te merken als ‘enhanced pipeline surveillance’, zijn deze systemen kennelijk niet adequaat om daadwerkelijk een lekkage vast te stellen.¹⁸⁹

¹⁸³ CvA 13 mei 2009, nr. 32.

¹⁸⁴ EGASPIN (**productie G.1**), p. 150, par. 2.10.1

¹⁸⁵ EGASPIN (**productie G.1**), p. 161, Appendix VIII-B2, Form A: ‘Oil Spill/Leakage Notification Report’, Form B: ‘Oil Spill/Leakage Report’ en C: ‘Oil Spillage Response/Clean-up Report’.

¹⁸⁶ CvA in het Exhibitie-incident 16 juni 2010, nr. 80

¹⁸⁷ Steiner (**productie B.1**), p. 3.

¹⁸⁸ UNEP-rapport (**productie L.7**), pp. 150-151.

¹⁸⁹ Steiner (**productie B.1**), p. 20: “A crucial component of pipeline sabotage prevention system is enhanced pipeline surveillance. Pipeline surveillance regimes can include remote closed-circuit television cameras, fiber-optic sensor technology along the entire length of the pipeline, more frequent aerial patrols, remote listening

291. Shell voert ook aan dat zij geen toegang zou hebben gekregen tot de plaats van de lekkage. Zij zou derhalve niet praktisch in staat zijn geweest om adequate maatregelen treffen teneinde de gevolgen van de lekkage te beperken.
292. Het gebrek aan toegang is – evenals sabotage – een standaard verweer van Shell.¹⁹⁰ Volgens Shell leidt dit ertoe dat voor zover er vertraging is opgetreden, die vertraging veroorzaakt is door de Oruma gemeenschap. Shell Nigeria is daarom volgens Shell voor eventuele vertraging niet aansprakelijk. In het kader van het Nigeriaans recht moet het verweer van Shell blijkbaar zo begrepen worden, dat zij de op haar rustende zorgplicht niet zou hebben geschonden, nu het nemen van schadevoorkomende maatregelen praktisch niet haalbaar zou was. Dit verweer kan niet slagen.
293. Shell Nigeria heeft toegang tot haar pijpleidingen en ook de lekkage-locatie nabij Oruma via de zogenoemde ‘right of way’ (ROW), een strook grond aan beide zijden van waar de pijpleiding ligt. De locatie waar de lekkage heeft plaatsgevonden is enkele honderden meters verwijderd van de openbare weg en is ook vanaf de openbare weg tussen Otuasega en Okarki zichtbaar. Eisers overleggen hierbij een foto die genomen is vanaf de openbare weg, waarop de ROW tussen de openbare weg en de locatie van de lekkage (ruwweg gemarkeerd met een pijl) te zien is.¹⁹¹
294. Volgens Shell’s stellingen heeft Shell op de ROW ‘exclusive right of possession’;¹⁹² zij kan daar dus gebruik van als ware zij eigenaar van dat land. Zij kan daarom vanuit een gebied dat geen gemeenschapsgebied is via haar ROW de pijpleiding volgen tot op de plek van de lekkage. Dat is ook precies het doel van de ROW’s:

“Rights of way consist of land along pipelines and around other oilfield infrastructure which are, by law, owned and managed by oil companies to facilitate easy access for routine maintenance as well as emergency response.”¹⁹³
295. Het doel van een ROW is derhalve het mogelijk maken van toegang van de operator tot de olie-installaties voor dagelijks onderhoud, het verzekeren van snelle toegang van de operator tot de olie-installaties in geval van lekkages en het dienen als bufferzone tussen olie-installaties en de gemeenschappen, “so that any incident, such as an oil spill or fire, does not impinge directly upon areas of human habitation.”¹⁹⁴
296. Het is ook langs deze ROW dat het door Shell Nigeria ingehuurd surveillanceteam zou kunnen patrouilleren om sabotage te voorkomen of een lekkage tijdig te constateren. Met een verrekijker moet het bovendien, zo blijkt uit de overgelegde foto, mogelijk geweest zijn om vanaf de openbare weg in ieder geval te constateren dat er olie boven de grond uit borrelde.

devices (e.g. hydrophones, etc.) to detect drilling, digging, tapping, engine noise, explosions; satellite imaging; and so forth. Additional technologies that should be considered for Nigeria include the Westminster DDS-J Diver Detection Sonar system that scans a distance of 1 km / node, 25 m on each side and 50 m vertically, has hydrophones to detect any disturbance, and sounds an alarm when a disturbance occurs in the scanned area. As well, fiber-optic cable sensors can detect digging, tapping, or other disturbance, with one sensor capable of scanning a 40 km pipeline segment. Once an enhanced surveillance system is implemented, a robust public information campaign to inform local residents that enhanced security is in place will act as a deterrent to sabotage.”

¹⁹⁰ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 151: “The oil industry often cites access restrictions placed by the community as reason for the delay between the reporting of an incident and addressing it.”

¹⁹¹ Foto vanaf de openbare weg nabij Oruma, waarvandaan de lekkage locatie is te zien (**productie L.13**). Tevens overleggen eisers een print van Google maps, waarop de situatie in en nabij Oruma te zien is (**productie L.14**).

¹⁹² CvA 13 mei 2009, nr. 24.

¹⁹³ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 96.

¹⁹⁴ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 96.

297. Door de wijze waarop het pad door de ‘bush’ vanaf Oruma tot aan de right of way loopt – dit pad is door Shell gebruikt – moet aldus een grotere afstand worden overbrugd dan nodig. Zoals te zien is op het kaartje, heeft Shell bij het betreden van de lekkage een omweg genomen door eerst langs het dorp Oruma te gaan.
298. Shell voert tot slot aan dat zij niet in schoon drinkwater voor de bevolking hoefde te voorzien, omdat er in Oruma al een geboorde put aanwezig was. Deze put functioneerde echter niet aangezien de daarbij behorende pomp niet werkte, zodat er geen drinkwater beschikbaar was voor de bewoners van Oruma.
299. Shell Nigeria had dus wel degelijk en op niet ingewikkelde wijze kunnen zorgen voor sneller en effectiever optreden. Zij heeft eenvoudige middelen tot haar beschikking om te zorgen dat zij van een lekkage snel op de hoogte is. Zij heeft Right of Way om bij de betreffende plaats te komen. Als zij al toegangsproblemen heeft gehad, dan had zij die eenvoudig kunnen voorkomen door een andere – en snellere – route naar de bewuste locatie te kiezen. Shell heeft bovendien voldoende middelen en mogelijkheden om te zorgen dat ze haar Right of Way effectief kan gebruiken.
300. Ook van Shell Holding mocht worden verwacht dat zij maatregelen zou nemen om de schade als gevolg van de lekkage te beperken. Shell Holding had haar invloed bij Shell Nigeria kunnen en moeten doen gelden teneinde een adequate reactie op de lekkage te bewerkstelligen. Zij had Shell Nigeria moeten instrueren om de noodzakelijke maatregelen te treffen opdat de oliewinning door Shell Nigeria geen schade aan derden oplevert. Vervolgens had Shell Holding erop moeten toezien dat Shell Nigeria haar verzoeken en instructies opvolgt.
301. Shell Holding had voldoende praktische mogelijkheden om aan haar zorgplicht te voldoen. Naast een zich daarvoor lenende bestuursstructuur, heeft Shell Holding de beschikking over expertise en middelen die zij had kunnen inzetten ten einde de gevolgen van de schade als gevolg van de oliewinning door haar dochter Shell Nigeria te beperken.
302. Shell Holding stelt zich op het standpunt dat door de ‘relatief beperkte’ omvang van de lekkage in Oruma ingrijpen door Shell Holding niet noodzakelijk was.¹⁹⁵ Deze kenschetsing van de situatie is onterecht en vertekenend. Volgens het Nigeriaanse Oil Spill Contingency Plan valt het aantal barrels olie dat in Oruma is gelekt onder een zogenaamde ‘Tier 2’ lekkage. Dat is een grotere (‘larger’) lekkage van tussen 50 bbls en 5000 bbls.¹⁹⁶ Het NOSCP vereist in dat geval ook de inzet van meer middelen en een betere reactie dan die bij Oruma zijn ingezet. De stelling van Shell dat deze lekkage “slechts een lokale en bovendien beperkte gevolgen heeft gehad” is eenvoudigweg onjuist.¹⁹⁷ Juist deze ontkenning van de omvang van de schade van individuele lekkages en hun vernietigende gevolgen is een schending van de zorgplicht van Shell Holding.
303. Ook overigens is het standpunt van Shell Holding dat zij geen verplichting had om in te grijpen in het handelen van Shell Nigeria onjuist. Zoals hiervoor is aangegeven, bestond tussen Shell Holding en de inwoners van Oruma een bijzondere relatie in het kader van de adequate reactie op de ‘relatief beperkte’ olielekkage. Deze proximity was het gevolg van de aangenomen verantwoordelijkheid van Shell Holding en van het door haar doen ontstaan van een situatie waarmee Shell Nigeria voorzienbaar zou handelen op een wijze die de schade zou doen toenemen. Ook aan de andere vereisten voor het bestaan van een zorgplicht van Shell Holding was voldaan. Van Shell Holding mocht in de gegeven omstandigheden bovendien worden verwacht dat zij haar – ruime – middelen en zeggenschap inzette om een adequate reactie op

¹⁹⁵ CvA 13 mei 2009, nr. 72.

¹⁹⁶ NOSCP (**productie G.3**), par. 9.2, p. 49.

¹⁹⁷ CvA 13 mei 2009, nr. 72; Zie verder hieronder, hoofdstuk 8 ‘Schade’.

olielekkages door Shell Nigeria te waarborgen. Derhalve is de stelling van Shell Holding dat zij geen verplichting had om in te grijpen in die zin onjuist dat zij ervoor had moeten zorgen dat Shell Nigeria ook op ‘relatief beperkte’ lekkages adequaat reageerde. Door dit na te laten heeft zij het gevaar gecreëerd dat Shell Nigeria ook bij de lekkage nabij Oruma niet adequaat reageerde, welk gevaar zich heeft verwezenlijkt. Shell Holding heeft aldus ten aanzien van de lekkage nabij Oruma haar zorgplicht geschonden.

6.3 Causaliteit van de schade

304. Door het niet adequaat reageren op de lekkage heeft de olie zich, drijvend op het vele water in het regenseizoen, over land en water kunnen verspreiden.
305. De olie heeft hierdoor niet alleen de aan Oguru en Efanga toebehorende landbouwgronden (buiten de ROW nabij de lekkage-locatie) vervuild, maar is ook in de Olumogbogbo kreek gestroomd. Aan deze kreek liggen de in de *bush* door Oguru en Efanga aangelegde visvijvers, waarvan zij voor hun inkomen afhankelijk zijn. Door de olievervuiling is de visteelt in deze vijvers onmogelijk geworden.
306. De olie is vervolgens via de Olumogbogbo kreek in de Oba Kreek gestroomd, die onder meer door de bewoners van Oruma als drinkwatervoorziening wordt gebruikt. Aldus hebben niet alleen Oguru en Efanga maar ook andere bewoners van Oruma water gedronken dat sterk door olie vervuild is. Door deze verspreiding van de olie is derhalve schade opgetreden die raakt aan de belangen van eisers Oguru en Efanga en aan het milieu en andere bewoners van Oruma, voor welk belang Milieudefensie in deze procedures optreedt.
307. Deze schade zou niet, althans niet in deze mate, zijn opgetreden, als Shell doeltreffend en adequaat had gereageerd op de lekkage. Op de omvang van de schade wordt in hoofdstuk 8 nader ingegaan.

6.4 Overige ‘torts’ naar Nigeriaans recht met betrekking tot inadequate reactie

6.4.1 *The Rule in Rylands v. Fletcher*

308. Shell Nigeria is tevens aansprakelijk voor de schade als gevolg van de inadequate reactie op grond van de ‘Rule in *Rylands v. Fletcher*’.¹⁹⁸ Shell Nigeria is immers, als operator van de olie-installaties, verantwoordelijk voor olie die ontsnapt uit haar installaties en schade aanricht doordat zij niet adequaat heeft gereageerd. Vanaf het moment direct nadat het gat in de pijpleiding was ontdekt en de olie dus uit de pijpleiding aan het stromen was, werd door de inadequate reactie van Shell Nigeria een gevaarlijke stof op haar right of way gebracht die zich vervolgens verspreidde en schade aanrichtte.
309. Uit de voorgaande paragrafen moge duidelijk zijn dat de verergering van de schade aan het milieu en aan het land, de visvijvers en beplanting van Oguru en Efanga een direct resultaat is van de inadequate reactie van Shell Nigeria op de olievervuiling afkomstig uit haar olie-installaties. Wanneer Shell Nigeria op de voorgeschreven wijze had gereageerd was er minder olie ontsnapt uit haar pijpleiding en was de schade aan het milieu en de belangen van eisers minder groot geweest.
310. Kenmerkend voor ‘strict liability’ is dat schuld voor aansprakelijkheid niet gegeven hoeft te zijn: het feit dat er schade is, is doorslaggevend. De omstandigheden die een partij te zijner verdediging kan aanvoeren, zijn beperkt.

¹⁹⁸ Voor de geode orde zij opgemerkt, dat eisers Shell Nigeria in onderhavige repliek *geen* schending van de ‘Rule in *Rylands v. Fletcher*’ verwijten in het kader van het *ontstaan* van de olielekkage.

311. Shell's verweer dat zij geen toegang kreeg om adequaat te reageren treft dan ook geen doel. Van een overmachtssituatie is immers geen sprake, nu Shell al op 26 juni 2005 wist dat de lekkage had plaatsgevonden, maar naliet tijdig daartegen adequate maatregelen te treffen, zoals het terstond stilleggen van de pijpleiding en het indammen van de oliestroom (zie hierboven paragraaf 6.2).

6.4.2 *Torts of nuisance and trespass to chattel*

312. Shell Nigeria heeft door haar inadequate optreden na de lekkage onachtzaam gehandeld en daardoor het milieu, alsmede de grond, de visvijvers en beplanting in gebruik door Oguru en Efanga, geschaad. Aldus heeft Shell ook een onrechtmatig daad begaan uit hoofde van nuisance en 'trespass to chattel'.
313. Zoals hierboven in paragraaf 6.2 is uiteengezet, wist Shell Nigeria van het bestaan van de lekkage, maar liet zij na daartegen onmiddellijke en effectieve maatregelen te treffen.
314. Door dit onachtzaam handelen, heeft de olie nog dagenlang uit de pijpleiding kunnen stromen spuiten en zich in het gebied kunnen verspreiden.
315. Aldus – en als direct gevolg van deze nalatigheid – is schade toegebracht aan het milieu en de grond, de visvijvers en beplanting van Oguru en Efanga.

7 AANSPRAKELIJKHEID VOOR INADEQUATE SANERING

316. Eisers verwijten Shell dat zij na de olie lekkage in Oruma niet adequaat heeft gesaneerd. Shell had echter een zorgplicht om de gelekke olie terdege op te ruimen. Dit geldt des te sterker voor inadequate sanering. Als gevolg van het schenden van deze zorgplicht hebben eisers schade geleden.

7.1 Duty of care om gelekke olie goed op te ruimen

317. Op Shell Nigeria en Shell Holding rustte een zorgplicht om de schade als gevolg van de olie lekkage bij Oruma goed op te ruimen. Dit zal hierna blijken uit toepassing van de criteria van 'foreseeability', 'proximity' en 'fair, just and reasonable'.

7.1.1 Voorzienbaarheid van de schade

318. In de voorgaande hoofdstukken is al uitgebreid ingegaan op de schade die olie lekkages en inadequate reactie daarop kunnen aanrichten, in het bijzonder in een gebied als de streek rond Oruma, met zijn vele rivieren en kreekjes.¹⁹⁹ Olieresten blijven bij inadequate sanering nog jarenlang in de grond, met de nodige gevolgen voor het milieu.²⁰⁰
319. Shell was van deze risico's volledig op de hoogte. Eisers zullen hun reeds genoemde argumenten niet herhalen, maar verwijzen naar de genoemde passages en concluderen dat de schade als gevolg van niet adequaat saneren voor Shell voorzienbaar was.

¹⁹⁹ Zie hieronder, par. 5.1.1. en 6.1.1.

²⁰⁰ Zie onder meer NOSCP (**productie G.3**), par. 21.2, p. 75.

7.1.2 Proximity

320. Er is verder sprake van proximity tussen Shell en eisers ten aanzien van het adequaat saneren van de lekkage nabij Oruma.
321. In de voorgaande hoofdstukken is uiteengezet dat Shell ten aanzien van eisers een zorgplicht had om schade als gevolg van olielekages, óók indien deze het gevolg zijn van sabotage, te voorkomen. Uit deze zorgplicht vloeit tevens een verantwoordelijkheid jegens eisers voort, om schade als gevolg van olielekages zo veel mogelijk te beperken door adequaat te reageren en te saneren.
322. Aangezien Shell een zorgplicht heeft jegens eisers ten aanzien van het voorkomen van de lekkage bij Oruma, is door het optreden van de lekkage een directe relatie tussen eisers en Shell ontstaan. Shell had uit hoofde van diezelfde verbintenis namelijk een zorgplicht jegens eisers om de schade die voortvloeit uit de lekkage – en dus uit de schending van haar zorgplicht tot voorkoming daarvan – zoveel mogelijk te beperken. Derhalve is er in de onderhavige zaak reeds door het schenden van de zorgplicht van Shell ten aanzien van het voorkomen van lekages, ook sprake van proximity tussen eisers en Shell ten aanzien van de sanering.
323. Ook als Shell jegens eisers géén zorgplicht had om de lekages als gevolg van sabotage te voorkomen, rustte op haar echter een zorgplicht om schade van eisers als gevolg van ontstane lekages – van welke aard dan ook – zoveel mogelijk te beperken door goed te saneren. Deze verantwoordelijkheid volgt uit de bijzondere relatie tussen Shell en eisers, als gevolg van haar de op Shell rustende verplichting om de nadelige gevolgen van haar werkzaamheden voor de leefomgeving van eisers en het milieu zo veel mogelijk te beperken.
324. Bovendien is Shell Holding verantwoordelijk voor het laten voortbestaan van een gevaarlijke situatie, terwijl zij wist dat er een aanzienlijke kans was dat deze tot schade zou leiden.

7.1.2.1 Proximity als gevolg van aangenomen en opgelegde verantwoordelijkheid

325. Op Shell rustte een de verantwoordelijkheid ten aanzien van eisers, om schade als gevolg van de olielekages zoveel mogelijk te voorkomen en de vervuilde gebieden grondig te saneren.
326. In het voorgaande hoofdstuk en in de dagvaarding is reeds gewezen op de verplichtingen die uit het Nigeriaanse National Oil Spill Contingency Plan en de EGASPIN voortvloeien.²⁰¹ Op Shell Nigeria rust te dien aanzien een imposed responsibility’.
327. Shell Nigeria heeft onder de EGASPIN de verplichting “to restore as much as possible the original state of the environment”.²⁰² Verder vereisen de EGASPIN onder meer:

“For inland waters/wetland, the lone option for cleaning spills shall be complete containment and mechanical/manual removal. It shall be required that these clean-up methods be adopted until there shall be no more visible sheen of oil on the water”.²⁰³
328. De EGASPIN schrijven ook voor van welke waarden oliebestanddelen (THP) oliemaatschappijen moeten uitgaan bij sanering van de grond.

²⁰¹ Paragraaf 6.1.2.1. Zie ook dagvaarding, par. 9.3 ‘Tekortschieten in voorkomen van de olielekage’. Zie ook UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 150.

²⁰² EGASPIN (**productie G.1**), p. 150, par. 2.11.1.

²⁰³ EGASPIN (**productie G.1**), p. 148, sectie 2.6.3. Zie ook EGASPIN, p. 150, sectie 2.11.3: “(i) For all waters, there shall be no visible oil sheen after the first 30 days if the occurrence of the spill no matter the extent of the spill. (ii) For swamp areas, there shall not be any sign of oil stain within the first 60 days of occurrence of the incident.”

329. Als streefwaarde dient op grond van de EGASPIN te worden uitgegaan van 50 mg/kg.²⁰⁴ Streefwaarden worden in de EGASPIN omschreven als de grondkwaliteit die nodig is voor duurzaamheid of – uitgedrukt in termen van herstelbeleid – de grondkwaliteit die nodig is om volledig herstel van de functionaliteit van de grond voor mens, dier en planten.
330. De in de EGASPIN omschreven interventiewaarden zijn waarden die een indicatie geven dat de functionaliteit van de grond voor mens, dier en planten op ernstige wijze beschadigd worden, althans bedreigd worden met ernstige beschadiging.²⁰⁵ Concentraties boven deze interventiewaarden leveren ernstige vervuiling op.²⁰⁶
331. Shell Nigeria heeft derhalve op grond van de EGASPIN de verplichting om de grond zo goed mogelijk te saneren en daarbij een waarde van 50 mg/kg na te streven.
332. Shell heeft bovendien als concern vrijwillig de verantwoordelijkheid op zich genomen om de impact van haar werkzaamheden in Nigeria zo gering mogelijk te laten zijn. Hierop is in de paragrafen 5.1.2 en 6.1.2 al uitgebreid ingegaan.
333. Volgens haar eigen – recente – informatie is Shell “committed to stopping and containing all spills, recovering and cleaning up as much oil as possible and restoring sites in compliance with regulations as quickly as possible.”²⁰⁷
334. Shell’s publieke commitment om een bijdrage te leveren aan de Nigeriaanse samenleving en milieu, en om de schade als gevolg van lekkages zo veel mogelijk te beperken, kan in redelijkheid niets anders betekenen dan dat Shell een bijzondere verantwoordelijkheid op zich heeft genomen – ook voor zover die niet reeds uit de Nigeriaanse regelgeving voortvloeit – om bij lekkages adequaat te saneren teneinde verdere schade te voorkomen.

7.1.2.2 Shell Holding is verantwoordelijk voor gevaarlijke situatie die tot schade kon leiden

335. In het vorige hoofdstuk is reeds uiteengezet, dat Shell Holding verantwoordelijk is voor het gevaar dat zij liet ontstaan bij het niet adequaat reageren op de lekkage door Shell Nigeria. Shell holding wist immers dat er een potentieel gevaarlijke situatie voorlag, terwijl Shell Nigeria niet, althans niet voldoende, maatregelen nam om te voorkomen dat dat gevaar zich verder zou verwezenlijken. Aldus kon de schade als gevolg van de gelekte olie toenemen en bleef de grond langdurig vervuild. Verwezen wordt naar hetgeen hierover reeds gezegd is in de paragrafen 4.2.2 en 6.1.2.2.
336. Shell Holding had door beleid en door concrete sturing maatregelen moeten treffen om ervoor te zorgen dat Shell Nigeria een adequaat actieplan paraat zou hebben om na lekkages de sanering in gang te zetten. Zij wist dat het beleid van Shell Nigeria het mogelijk maakte dat door het niet of niet voldoende saneren na lekkages, verdere schade zou ontstaan. Shell Holding had een verantwoordelijkheid om in die situatie in te grijpen teneinde die gevaarlijke situatie zoveel mogelijk te beperken. Doordat Shell Holding op de hoogte was van de wijze waarop Shell Nigeria steeds haar werkzaamheden bij ‘kleine’ olie lekkages uitvoerde en de schade die daarbij ontstond, had Shell Holding ook concrete stappen moeten zetten teneinde te voorkomen dat het optreden van Shell Nigeria ook nu tot grotere schade zou leiden. Hier zijn opnieuw de derde dan wel de vierde situatie voor het aannemen van proximity aanwezig. Ook op deze gronden is er derhalve sprake van een bijzondere relatie tussen Shell Holding en de bewoners van Oruma tot het voorkomen van schade door adequate sanering.

²⁰⁴ EGASPIN (**productie G.1**), p. 150, par. 2.11.3 (iii).

²⁰⁵ EGASPIN, p. 278, par. 8.1.1.

²⁰⁶ EGASPIN, p. 278, par. 8.1.1.

²⁰⁷ Zie http://www-static.shell.com/static/nga/downloads/pdfs/briefing_notes/env_perf_oilspills.pdf, april 2011.

7.1.3 *Fair, Just, Reasonable*

337. Het aannemen van een zorgplicht voor zowel Shell Nigeria als Shell Holding om te zorgen dat na lekkages adequaat wordt gesaneerd is niet alleen redelijk naar eisers, maar ook uit beleidsmatig oogpunt wenselijk en zelfs noodzakelijk. Verwezen wordt naar hetgeen hierover reeds is gezegd in paragraaf 6.1.3.
338. Shell betwist niet dat zij een verantwoordelijkheid heeft om te zorgen dat grond en water na lekkages aan haar installaties goed wordt gesaneerd. Shell maakt er publiekelijk juist een punt van te stellen dat zij aan een goed milieu zoveel waarde hecht. Olievervuiling laat zich met het oog eenvoudig waarnemen. De niet-waarneembare gevolgen zijn nog ernstiger. Het is niet te billijken dat Shell haar verantwoordelijkheden te dien aanzien zou kunnen wegwuiven met een beroep op formaliteiten en methodes. Het is dan ook eerlijk, juist en redelijk dat Shell gedwongen wordt haar verantwoordelijkheid te nemen.

7.1.4 *Conclusie zorgplicht*

339. Op grond van het voorgaande is voldaan aan de voorwaarden voor het aannemen van een zorgplicht naar Nigeriaans recht voor Shell Holding en Shell Nigeria tot het adequaat saneren van olielekages, waaronder de lekkage bij Oruma. De schade die zou ontstaan als gevolg van het inadequaat saneren na de lekkage was voorzienbaar, op Shell rustte jegens eisers een verantwoordelijkheid om te proberen dergelijke schade te voorkomen en het opleggen van een dergelijke zorgplicht is redelijk.
340. Vervolgens dient te worden beoordeeld, welke mate van zorg naar Nigeriaans recht in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van Shell kon worden gevraagd.

7.2 **Breach of Duty of Care nu de olie niet goed is opgeruimd**

341. Ook ten aanzien van het opruimen van de gelekte olie geldt dat Shell, mede gezien haar positie en middelen, niet heeft gehandeld zoals van een redelijk ‘persoon’ in haar situatie mag worden verwacht en zij aldus haar zorgplicht heeft geschonden.
342. Toen Shell Nigeria de olie heeft doen opruimen, is dat niet met passende middelen en methoden gebeurd. Shell erkent dat zij niet alle olie heeft kunnen opruimen en dat na afronding van de werkzaamheden olieresten zijn achtergebleven in het milieu.
343. De stellingen van Shell dat de olie “vanzelf” door de natuur zouden worden afgebroken, is onjuist, mede gezien de toestand van de bodem en het milieu in de Nigerdelta.²⁰⁸
344. Eisers hebben bovendien bewijs overgelegd dat er na de opruimactie een ‘oil sheen’ op het water en de vijvers van Oguru en Efanga te zien was.²⁰⁹ De opruimacties van Shell, ook als ze – zoals zij stelt – vervuilde waterwegen heeft afgedamd en de olie handmatig heeft verwijderd, waren te dien aanzien blijkbaar onvoldoende.²¹⁰
345. Shell stelt dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan, nu uit het Clean-up and Remediation Report zou blijken dat dit het geval is. Eisers zullen hieronder uiteenzetten dat dit rapport geen weergave vormt van de werkelijke situatie in Oruma.

²⁰⁸ CvA 13 mei 2009, nr. 58.

²⁰⁹ Dagvaarding, nr. 119. Zie Rapport Bryjark Environmental Services, ‘Post impact assessment study of the oil spillage in Oruma’, Bayelsa State, (Port Harcourt februari 2008) (**productie B.2**).

²¹⁰ CvA 13 mei 2009, nr. 111.

346. Shell stelt bovendien dat zij aan haar zorgplicht invulling heeft gegeven door het toepassen van de RENA-methode, die internationaal geaccepteerd zou zijn. Zoals eisers hierna zullen betogen, is de RENA-methode geenszins geschikt voor het schoonmaken van land rond Oruma en is zij ook niet als geschikte methode voor dergelijke gronden geaccepteerd. Maar ook als RENA wel een internationaal geaccepteerde methode zou zijn, dan zou Shell zich met het toepassen van die methode nog niet aan haar zorgplicht hebben kunnen bevrijden, als de resultaten desalniettemin onbevredigend zijn.
347. Hieronder zullen eisers toelichten dat en waarom de olie door Shell Nigeria niet adequaat is opgeruimd.

7.2.1 Clean-up and Remediation Certification Format onjuist

348. Shell onderbouwt haar stelling dat zij heeft voldaan aan haar opruimplicht hoofdzakelijk met het 'Clean-up and Remediation Certification Format' (Clean-up formulier).
349. Het Clean-up formulier vermeldt dat 400 vaten olie zijn gelekt, wat neerkomt op 63.600 liter olie. Dit aantal is gebaseerd op de geschatte hoeveelheid genoemd in het JIV-rapport van 7 juli 2005. Het is echter niet mogelijk met het oog te schatten hoeveel vaten olie er gedurende de periode van voor of op 26 juni en 7 juli 2005 uit de pijpleiding gestroomd zijn.
350. Zeker gedurende de drie dagen dat de olie onder hoge druk de grond inspoot (Shell stelt dat het gat op de 8:30 uurs-positie zat), is er een deel van de olie niet naar boven geborreld, maar heeft zich via de bodem verspreid. Hierdoor is ook olie in het grondwater terecht gekomen. Het was daarom niet mogelijk voor het JIT om de volledige uitstroom van vaten olie in te schatten. De JIT-leden hebben uiteraard uitsluitend de olie die naar boven geborreld was kunnen waarnemen.
351. Uit het UNEP-rapport blijkt dat een gebied weliswaar een 'healthy appearance' kan hebben door oppervlakkige nieuwe begroeiing, maar dat ernstige vervuiling door koolwaterstoffen niettemin diep doorgedrongen kan zijn in de grond (dieper dan 5 meter).²¹¹ De stelling van Shell dat niet omgegraven klei geen olie (of andere vloeistof) kan transporteren,²¹² is derhalve onjuist. Dat wordt bevestigd door het UNEP:

"Currently, SPDC undertakes RENA on the land surface layer only, based on the assumption that given the nature of the oil, temperature and an underlying layer of clay, hydrocarbons will not move deeper. However, this basic premise of limiting remediation to the surface soil is not sustainable since observations made by UNEP show that contamination can often penetrate deeper than 5 metres. The RENA approach, if using bioremediation as the primary process to be enhanced, will not work at depths below 1 metre due to difficulties with oxygen transfer".²¹³

352. Ook de bevindingen uit het Clean-up formulier over de grootte van het getroffen gebied en de diepte van de vervuiling kunnen niet als zodanig vastgesteld zijn. De olie heeft zich, zoals onweersproken is gesteld, via de krekens snel door het gebied verspreid. Verder zijn tijdens de

²¹¹ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 93: "One of the observations made by UNEP during the course of the study was that vegetation had continued to grow and cover contaminated areas even though remediation measures had not been carried out. This was partly because some vegetation types can vigorously survive hydrocarbon pollution and partly because many vegetation types need only limited, comparatively clean amounts of topsoil to re-establish. Thus, even in cases where severe contamination had penetrated deeply, superficial vegetation cover gave the site a healthy appearance." En op p. 144: "As already seen from UNEP's field sampling, contamination of hydrocarbons has migrated to depths of more than 5 metres in some instances."

²¹² CvA 13 mei 2009, nrs. 111 en 112.

²¹³ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 145.

ongeveer acht maanden dat RENA is toegepast (zie hierna over deze methode) olieresten blijven liggen en heeft ook toen de olie die in het water terecht was gekomen zich vrij kunnen verspreiden. Daaruit volgt dat een veel groter gebied dan de 600 x 100 meter (60.000 m²) die in het Clean-up formulier het over heeft, is beschadigd. Verder hebben, gedurende de ruim vijf maanden tot de opruimingswerkzaamheden volgens Shell zijn aangevangen, olieresten de grond in kunnen sijpelen en zich in de grond verder verspreiden; uit het feit dat de lekkage al op meer dan twee meter diep plaatsvond, en op die diepte geen opruimwerkzaamheden hebben plaatsgevonden, blijkt al dat de weergave van de diepte van olievervuiling in de grond van 0.3 meter niet accuraat is.

353. Het UNEP bevestigt dat hetgeen in Clean-up formulieren staat vermeld geregeld niet in overeenstemming is met de werkelijkheid:

“It is evident from the UNEP field assessment that SPDC’s post-oil spill clean-up of contamination does not achieve environmental standards according with Nigerian legislation, or indeed with SPDC’s own standards. (...) Some of these locations had actually been documented by the operator as assessed and cleaned up, while others were still to be cleaned up. The difference between a cleaned-up site and a site awaiting clean-up was not always obvious.”²¹⁴

354. Maar zelfs als het in het Clean-up formulier genoemde oppervlakte juist zou zijn, staat vast dat een te beperkt gebied is gesaneerd. Immers, het door Shell overgelegde schoonmaak-rapport van de schoonmaakoperatie stelt dat slechts een gebied van 45.000 m² is opgeruimd²¹⁵. Dat betekent dat de schoonmaakoperatie zich sowieso heeft uitgestrekt over een kleiner gebied dan is vervuild – zelfs volgens de veel te conservatieve schatting van 60.000 m² van het Clean-up formulier.
355. Eisers concluderen dat Shell de omvang en de impact van de olievervuiling niet accuraat heeft ingeschat. Nu de omvang van de schade aanmerkelijk groter was dan Shell ten onrechte veronderstelde heeft Shell ook zeker niet afdoende opgeruimd. Haar stelling dat wél goed opgeruimd is niet kan, zoals hiervoor bleek, niet ondersteund worden door het saneringsrapport of het Clean-up form omdat deze beide documenten evidente onjuistheden bevatten.
356. Bij het saneren in Oruma is bovendien de zogenaamde RENA-methode gebruikt. Het UNEP bevestigt dat deze methode ongeschikt is om tot een adequate sanering van het milieu in Oruma te komen.
357. RENA is, zo blijkt uit het UNEP-rapport, ongeschikt voor de omstandigheden in Nigeria, met name als gevolg van de specifieke bodemgesteldheid, de waterspiegel en de klimaatomstandigheden in de Nigerdelta. Het UNEP stelt daar over:

“The implicit assumption in the RENA approach applied by SPDC is that the natural process being enhanced is bioremediation. All enhancing actions, whether ploughing, adding nutrients or windrowing, are applied to further natural biodegrading processes. In an ideal situation this approach is scientifically defendable. However, the reality on the ground in Ogoniland speaks otherwise. The RENA process is failing to achieve either environmental clean-up or legislative compliance. As seen in the analyses and case studies presented in this report, it is also failing to achieve compliance with SPDC’s own procedures.”²¹⁶

²¹⁴ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 150.

²¹⁵ Recovery, Clean Up and Remediation Report (‘Report on Recovery, Clean Up and Remediation Project at 20’ Kolocreek-Rumekpe Trunkline at Oruma’), productie 7 bij CvA van 13 mei 2009.

²¹⁶ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 144.

358. Het gebruik van deze methode heeft daarom grote gevolgen op de gevoelige natuur en de lokale bevolking. De stelling van Shell dat de RENA-methode internationaal geaccepteerd is, is dus in ieder geval ten aanzien van de Nigerdelta onjuist of inhoudsloos: voor de Nigerdelta leidt het gebruik van deze methode eenvoudigweg niet tot adequate sanering van olievervuiling. Eisers kunnen zich niet aan de indruk onttrekken dat Shell maar wat graag deze methode in Nigeria inzet omdat het haar weinig tot geen investeringen kost.

359. Het UNEP constateert vijf belangrijke tekortkomingen aan de RENA-methode.

Ten eerste belemmeren de effecten van temperatuur, regenval en topografie de werking van RENA, omdat geen enkel regelingsmechanisme wordt aangebracht om de volgende processen te beheersen:

- Blootstelling aan zon en lucht (o.a. verdamping van koolwaterstoffen);
- Blootstelling aan regen, die valt op de ‘windrows’, waardoor de koolwaterstoffen zich gemakkelijk kunnen verspreiden en een groter gebied wordt vervuild;
- Doorsijpelen van de olie – ofwel vanzelf ofwel via water – in de ondergrond en het grondwater;

Ten tweede zijn niet alle koolwaterstoffen biologisch afbreekbaar, waardoor het RENA-proces in de volgende gevallen niet bruikbaar is:

- Wanneer de koolwaterstoffen te giftig zijn voor de bacteriën, en/of te moeilijk afbreekbaar, en/of in te hoge concentratie aanwezig zijn;
- Wanneer de olie op de grond vlam heeft gevat en de koolwaterstoffen in de korst zijn ingebrand, waardoor bitumineuze koolwaterstoffen vermengd worden met kleiige grond;
- Wanneer de grond erg kleiig is, waardoor circulatie van zuurstof moeizaam is;

Ten derde is de vooronderstelling dat het beperken tot herstel van de toplaag voldoende is, omdat de olie niet dieper in de grond kan doordringen niet houdbaar;

Ten vierde leiden de geulen die gegraven worden vanaf RENA-sites naar nabij liggende waterwegen, er voornamelijk toe dat de gelekte olie kan wegvloeien;

Ten vijfde wordt in praktijk de 1-meter toplaag niet op juiste wijze bewerkt en gemixt, maar wordt slechts 15 tot 20 cm bereikt.²¹⁷

360. In Oruma zijn nagenoeg al deze bezwaren van toepassing. Aangezien tussen het moment van de lekkage en de vermeende sanering een jaar is verstreken, heeft blootstelling aan zon, lucht en regen (regenseizoenen) plaatsgehad. Ook is de olie doorgesijpeld naar het grondwater (de olie is gedurende drie maanden blijven liggen waarbij tweemaal een regenseizoen gepasseerd is). Een deel van de gelekte olie is verbrand op open vuilstortplaatsen en in de afvalputten, hetgeen schadelijke gevolgen heeft gehad voor de bodem en omringende beplanting. Er is sprake van kleiige grond met beperkte zuurstofcirculatie en er zijn geulen gegraven die de olie in de kreekjes en riviertjes hebben afgevoerd.

361. Eisers concluderen dat de door Shell gebruikte methode niet geschikt was om de olie op het land en in de visvijvers van eisers Oguru en Efanga, noch voor het milieu in en nabij Oruma.

362. In het hierboven geschetste kader had Shell bovendien een zorgplicht om bij haar saneringswerkzaamheden te streven naar een waarde van 50 mg/kg ‘olieresten’. Shell hanteert echter stelselmatig 5.000 mg/kg als “cut-off value” (eindpunt) van haar saneringsoperaties²¹⁸ in

²¹⁷ UNEP-rapport (**productie L.7**), pp. 145-146.

²¹⁸ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 149.

plaats van 50 mg/kg. Shell gaat er dus – ten onrechte – vanuit dat steeds wanneer de vervuiling tot onder deze waarde is gekomen, de sanering ‘succesvol’ is afgerond.²¹⁹ Deze wijze waarop Shell om gaat met de waarden in de EGASPIN, is in strijd is met de strekking en het doel van die regelgeving. Dit is recent door UNEP nog expliciet opgemerkt.²²⁰ Bovendien is deze werkwijze van Shell in strijd met de door haarzelf aangenomen verantwoordelijkheid.

363. Daarbij zij opnieuw expliciet opgemerkt, dat de stelling van Shell, dat de streefwaarde “vanzelf” wordt bereikt met de aanpak die wordt toegepast door Shell Nigeria, eenvoudigweg onjuist is.²²¹ Eisers verwijzen in dit kader naar hetgeen zij reeds hebben aangevoerd over de door Shell toegepaste RENA-methode. Zoals hiervoor is opgemerkt, is de enkele verwijzing naar het Clean-up formulier onvoldoende om aan te tonen dat er bij Oruma zou zijn gesaneerd tot de daarin vermelde waarde.
364. Shell betwist ten onrechte het onderzoek van Bryjark zonder daar enige andere bron tegenover te stellen; zoals hiervoor is aangegeven, heeft in ieder geval ten behoeve van het opstellen van het Clean-up formulier geen (grondig) onderzoek plaatsgevonden, zodat het rapport van Bryjark als de meest onderbouwde mening in deze procedure heeft te gelden.

7.2.2 Conclusie: schending zorgplicht

365. Shell Nigeria had de verplichting om na de lekkage bij Oruma adequaat te saneren. Zij heeft dat echter niet gedaan. Het Clean-up formulier biedt geen weergave van de feitelijke situatie na de sanering. Ook uit het feit dat Shell de RENA-methode heeft toegepast, kan worden afgeleid dat zij niet adequaat heeft gesaneerd. Shell heeft wel degelijk de middelen en de expertise om olievervuiling als gevolg van lekkages grondig op te ruimen.
366. Van Shell Holding mocht worden verwacht dat zij maatregelen zou nemen om te zorgen voor adequate sanering na de lekkage. Shell Holding had daartoe haar invloed bij Shell Nigeria kunnen en moeten aanwenden. Zij had Shell Nigeria zo nodig moeten instrueren om de noodzakelijke maatregelen te treffen en moeten toezien op naleving van die instructies. Zij had daartoe, zoals ook reeds in paragraaf 6.2 werd uiteengezet, ook voldoende praktische mogelijkheden.
367. Shell Holding heeft echter nagelaten ervoor te zorgen dat Shell Nigeria adequaat saneert. Sterker nog, Shell Holding heeft er zelf voor gezorgd dat Shell Nigeria een methode toepaste die inadequaat is voor de situatie in Nigeria, hetgeen Shell Holding wist of had behoren te weten.
368. Shell Holding is verantwoordelijk voor het feit dat Shell Nigeria de RENA-methode in de Nigerdelta hanteert. De RENA-methode is door Shell Global Solutions opgelegd (‘endorsed’).²²² Shell Global Solutions International B.V. is een 100% dochtermaatschappij van Shell. Het is een zogenaamde service-maatschappij,²²³ die Shell-bedrijven adviseert over

²¹⁹ Zie ook Pleitnota mr. De Bie Leuveling Tjeenk van 19 mei 2011 in het exhibitie-incident, nr. 31.

²²⁰ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 149: “However, as elaborated in earlier sections, the use of an ‘intervention value’ as the ‘target value’ for remediation close-out is not in line with EGASPIN philosophy and its interpretation by DPR. The proposed SEPCiN value, while certainly an improvement on the previous value, does not represent full compliance.”

²²¹ CvA 13 mei 2009, nr. 110.

²²² UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 145.

²²³ GGG (**productie E.1**), p. 3: “Service companies are legal entities whose main purpose is to provide advice and services to Shell companies.” Zie ook UNEP-rapport, p. 142: “SPDC is also backed up technically by Shell which provides a broad policy framework with corporate guidelines and specific technical assistance through Shell Global Solutions.”

wetenschappelijk onderzoek en ontwikkelings-vereisten. Shell Global Solutions legt verantwoording af aan het Oil Products Executive Committee.²²⁴

369. De Oil Spill Clean-up and Remediation Procedure van Shell Nigeria,²²⁵ het leidende document op het gebied van opruimactiviteiten, is gebaseerd op een rapport van Shell Global Solutions.²²⁶ Daarom heeft Shell Nigeria in 100% van de gevallen van olieverontreiniging door een olielekage uit een van haar installaties in Ogoniland gebruik gemaakt van de opruimmethode RENA.²²⁷ De kritiek van het UNEP op deze gang van zaken is dat het rapport van Shell Global Solutions is gebaseerd op een studeerkameronderzoek en geen veldwerk was verricht.²²⁸
370. Bij het vaststellen van deze methode heeft Shell volgens het UNEP onvoldoende rekening gehouden met de geologische samenstelling van de Nigerdelta. Daarnaast zijn de maximumwaarden – bijvoorbeeld voor schadelijke elementen – die Shell Global Solutions heeft gehanteerd bij het vaststellen van de opruimmethode niet onderbouwd of in overleg met bevoegde instanties tot stand gekomen.²²⁹
371. Ook voor het gebruik van de 5.000 mg/kg TPH als cut-off value is Shell Holding verantwoordelijk. Deze waarde is niet – zoals Shell stelt – afkomstig uit de EGASPIN, het is geen bedrijfsbeslissing van Shell Nigeria geweest en ook niet door de bevoegde autoriteiten opgelegd.²³⁰ Ook hiervoor geldt dat deze waarden zijn gebaseerd op het rapport van Shell Global Solutions.²³¹
372. Hieruit volgt dat zowel Shell Nigeria als Shell Holding de op hun rustende zorgplicht hebben geschonden.

7.3 Causaliteit van de schade

373. Als gevolg van het niet adequaat saneren hebben eisers schade geleden. Het milieu, daarbij begrepen de grond en visvijvers van eisers, is door de olieresten rond Oruma vervuild. Deze schade is het directe gevolg van het niet adequaat saneren door Shell.

7.4 Overige ‘torts’ naar Nigeriaans recht met betrekking tot inadequate sanering

7.4.1 *The Rule in Rylands v. Fletcher*

374. Shell Nigeria is tevens aansprakelijk voor de schade als gevolg van de inadequate sanering op grond van de ‘Rule in *Rylands v. Fletcher*. Shell Nigeria is immers, als operator van de olie-

²²⁴ GGG (**productie E.1**), p. 20: “Shell Global Solutions develops and manages Group (non-Business specific) technology related intellectual property – which is economically owned by the companies that contribute to its development. Global Solutions acts both as a service to Group Businesses and also as a Business that exploits commercial opportunities with external customers. Group Businesses advise on research and development requirements either directly or through forums such as the Technology Portfolio Council, and are also consulted on any Global Solutions commercial opportunities that might affect their strategic interests. Shell Global Solutions reports into the Oil Products Excom.”

²²⁵ SPDC-2005-005716.

²²⁶ Shell Global Solutions, ‘Framework for Risk Management of Historically Contaminated Land for SPDC Operations in the Niger Delta (OG.02.47028)’ (zie UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 143).

²²⁷ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 145.

²²⁸ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 143: “The report was based on a desk study and no field work was undertaken.”

²²⁹ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 147.

²³⁰ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 147.

²³¹ Shell Global Solutions, ‘Framework for Risk Management of Historically Contaminated Land for SPDC Operations in the Niger Delta (OG.02.47028)’ (zie UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 147).

installaties, verantwoordelijk voor het saneren van de olie die uit haar installaties ontsnapt en schade aanricht. Indien Shell Nigeria dit niet adequaat doet, kan de olie zich verder in het milieu verspreiden en dieper doordringen in de bodem.

375. Hiervoor is aangegeven dat de toename van de schade aan het milieu en aan het land, de visvijvers en beplanting van Oguru en Efanga een direct resultaat is van de inadequate sanering van Shell Nigeria. Wanneer Shell Nigeria op de voorgeschreven wijze en binnen de voorgeschreven termijnen had gesaneerd was het gebied thans volledig hersteld en was de schade aan het milieu en de belangen van eisers minder groot geweest.

7.4.2 *Torts of nuisance and trespass to chattel*

376. Shell Nigeria heeft door haar inadequate sanering van het getroffen gebied in en nabij Oruma onachtzaam gehandeld en daardoor het milieu, alsmede de grond, de visvijvers en beplanting in gebruik door Oguru en Efanga, geschaad. Aldus heeft Shell Nigeria ook een onrechtmatig daad begaan uit hoofde van nuisance of ‘trespass to chattel’.
377. Zoals hierboven in paragraaf 7.2 is uiteengezet, heeft Shell Nigeria het getroffen gebied niet adequaat gesaneerd. Door dit onachtzaam handelen, is het milieu in en nabij Oruma, alsmede de grond, visvijvers en beplanting van Oguru en Efanga thans nog altijd vervuild.
378. Aldus – en als direct gevolg van deze nalatigheid – is de olievervuiling toegebracht aan het milieu en de grond, de visvijvers en beplanting van Oguru en Efanga, nog altijd niet gesneerd, waardoor deze verder kan verspreiden door het milieu en dieper kan doordringen naar het grondwater.

8 SCHADE

8.1 Materiële schade Oguru en Efanga

379. Eisers verzoeken de rechtbank een verklaring voor recht uit te spreken dat jegens hen onrechtmatig is gehandeld. Dat het naar Nigeriaans recht mogelijk is een verklaring voor recht te vragen blijkt onder andere uit de uitspraken *Gbemre tegen Shell Nigeria et al*²³² en *Ibator c.s. v. Barakuro c.s.*²³³ Voor een dergelijke vordering is het voldoende wanneer feiten gesteld worden waaruit blijkt dat het aannemelijk is dat schade is geleden.
380. Eisers hebben schade geleden door de olie lekkage van omstreeks 26 juni 2005. Schade wordt in het Nigeriaanse recht als volgt gedefinieerd:
- “the disadvantage which is suffered by a person as a result of the act or default of another. It may also be defined as a loss or deterioration caused by the negligence, design or accident of one person to another, in respect of the latter’s person or property.”²³⁴
381. Ook kan op grond van de inbreuk op een recht een schadevergoeding geëist worden.²³⁵ Zo is het bijvoorbeeld mogelijk een schadevergoeding te eisen op grond van “damage to farm land”

²³² Federal High Court of Nigeria, Benin City, *Gbemre and Others v. Shell Petroleum Development Company Ltd and Others*, 14 November 2005, Suit No: FHC/B/CS//53/05 (**productie L.5**).

²³³ Supreme Court of Nigeria, *Ibator c.s. v. Barakuro c.s.* (13 april 2007), S.C. 243/2001, beschikbaar op: <http://www.nigeria-law.org/Elemchukwu%20%20Ibator%20%20Ors%20v%20Chief%20Beli%20Barakuro%20%20Ors.htm>.

²³⁴ *SPDC v. Tiebo VII* [1996] 4 NWLR, p. 661, nr. 1.

(ook wel: “rehabilitation of land”),²³⁶ “damage done (...) to economic and cash crops, fish ponds and lakes”,²³⁷ “general environmental pollution”²³⁸ en “social effect/general inconvenience” (ook wel: “shock and fear”).²³⁹

382. De vaststelling dat schade is geleden is afhankelijk van het soort schade dat wordt gesteld. Zo kan schade aan land worden vastgesteld door middel van nominale beoordeling (in de zin van het afnemen van de waarde van het land), schade door verlies van gebruiksgenot/inkomsten en toekomstige schade die redelijk en voorzienbaar voortvloeit uit het onrechtmatig handelen.²⁴⁰
383. Wanneer er schade is geleden, geldt naar Nigeriaans recht als hoofdregel het principe van restitutio in integrum.²⁴¹
384. Het land waarop eisers Oguru en Efanga hun gewassen en economische bomen (hierna ook: beplanting) verbouwden was gelegen nabij de ‘right of way’ van Shell Nigeria. Het land en de daarop aangebrachte beplanting zijn door de olie die door de lekkage van omstreeks 26 juni 2005 over hun land gestroomd is aangetast en verwoest. Zoals hierboven is toegelicht gebruikten Oguru en Efanga dit land en waren zij eigenaar van deze beplanting. Niet alleen heeft de vernieling van deze beplanting schade veroorzaakt, maar ook is hun recht op levensonderhoud en hun bron van inkomsten weggefallen. De grond van Oguru en Efanga is in onbruik geraakt.
385. Daarnaast bezit zowel Oguru als Efanga een aantal visvijvers dat zij in de ‘bush’ aan beide zijden van de Olumogbogbo-Gbara kreek hebben aangelegd. De olie die in de Olumogbogbo-Gbara kreek is gestroomd heeft zich met de stroom van de kreek en de getijden verspreid en is gedeeltelijk terechtgekomen in de visvijvers van eisers. Hierdoor zijn de vissen in de vijvers van eisers gestorven en zijn de visvijvers onbruikbaar geworden voor de viskweek en -vangst. Ook hiervoor geldt dat niet alleen de vernieling van deze visvijvers schade heeft veroorzaakt, maar ook hun recht op levensonderhoud en hun bron van inkomsten is weggefallen.
386. Zelfs als de schade ontstaan aan het land, de visvijvers en gewassen van Oguru en Efanga inmiddels weer is hersteld – hetgeen eisers uitdrukkelijk betwisten – is het mogelijk dat zij zogenaamde “consequential losses – that is loss of user profits”²⁴² vorderen. Gedurende het jaar dat de olie in eerste instantie is blijven liggen en vervolgens de opruimwerkzaamheden hebben

²³⁵ *SPDC v. Tiebo VII* [1996] 4 NWLR, p. 661, nr. 2: “a pecuniary compensation or indemnity which may be recovered in courts by any person who has suffered loss, detriment or injury, whether to his person, property, or right through the unlawful act or omission or negligence of another.”

²³⁶ *SPDC v. Farah* [1995] 3 NWLR, p. 194; zie ook Petroleum Act, par. 36(1): “the holder of an (...) oil (...) license (...) shall, in addition to any liability for compensation (...) be liable to pay fair and adequate compensation for the disturbance of surface or other rights to any person who owns or is in lawful occupation of the licensed or leased lands.”

²³⁷ Supreme Court of Nigeria, *Ibator c.s. v. Barakuro c.s.* (13 april 2007), S.C. 243/2001, beschikbaar op: <http://www.nigeria-law.org/Elemchukwu%20%20Ibator%20%20Ors%20v%20Chief%20Beli%20Barakuro%20%20Ors.htm>. Zie ook Oil Pipelines Act 1956, section 20(1): “the court shall award (...) compensation (...) in respect to any damage done to any buildings, lion crops or profitable trees by the holder of the permit”.

²³⁸ *SPDC v. Tiebo VII* [1996] 4 NWLR, p. 674F.

²³⁹ *SPDC v. Farah* [1995] 3 NWLR, pp. 189 en 194.

²⁴⁰ *SPDC v. Farah* [1995] 3 NWLR, pp. 160-161, nr. 21.

²⁴¹ Zie *International Messengers Nigeria Ltd v. Nwachukwu* [2004] 13 NWLR, p. 549, nr. 5; *SPDC v. Farah* [1995] 3 NWLR, p. 160, nr. 21 en *SPDC v. Tiebo VII* [1996] 4 NWLR, p. 661, nrs. 3 en 4.

²⁴² Court of Appeal (Port Harcourt division), *SPDC v. Farah* (7 december 1994), [1995] 3 NWLR 382, p. 161.

plaatsgevonden (hetgeen Shell stelt)²⁴³ hebben zij namelijk geen gebruik kunnen maken van hun land, visvijvers en gewassen.

8.2 Aantasting schoon leefmilieu

387. De schade van eisers Oguru en Efanga en anderen in en rond Oruma bestaat naast de hierboven genoemde posten uit een inbreuk op het recht op (privé)leven en waardigheid, meer specifiek het recht op een schoon leefmilieu. Dit recht is gecodificeerd in secties 33(1) en 34(1) van de Grondwet van de Republiek Nigeria, artikel 4, 16 en 24 van het Afrikaans Handvest inzake de Rechten van de Mens en Volkeren (Afrikaans Handvest)²⁴⁴ en in artikel 8 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM).²⁴⁵ In verschillende zaken is aangenomen dat ernstige milieuvervuiling kan leiden tot een schending van het recht op een schoon leefmilieu.²⁴⁶
388. Een belangrijke en recente zaak in dit kader is de zaak *Gbemre tegen Shell Nigeria et al.*²⁴⁷ Jonah Gbemre namens zichzelf en namens de Iwherekana Community een zaak aangespannen tegen Shell Nigeria, Nigerian National Petroleum Corporation (NNPC) en de Advocaat-Generaal van de Federatie. Gbemre verzocht de rechter onder andere voor recht te verklaren dat de in de grondwet en Afrikaanse Handvest gegarandeerde rechten op leven en menselijke waardigheid, onvermijdelijk het recht op een schoon en gezond milieu omvat, dat vrij is van giftstoffen en vervuiling.
389. Verder verzocht Gbemre een verklaring dat het onafgebroken affakkelen van gas door Shell Nigeria en NNPC een schending van hun recht op leven (inclusief een schoon leefmilieu) en menselijke waardigheid oplevert, dat de nalatigheid van Shell Nigeria en NNPC om een ‘Environmental Impact Assessment’ uit te voeren een schending van artikel 2(2) van de Environment Impact Assessment Act oplevert en dat de wettelijke bepaling die affakkelen van gas toestaat in strijd is met hun grondrechten op leven en menselijke waardigheid. Gbemre verzocht tot slot een permanente verbodsvordering voor Shell Nigeria en NNPC om gas af te fakkelen in zijn community.
390. De rechter heeft deze vorderingen integraal toegewezen. Daarnaast heeft de rechter de AG van de Federatie opgeroepen de wetgeving omtrent affakkelen van gas op korte termijn aan te passen.

²⁴³ CvA 13 mei 2009, nr. 58.

²⁴⁴ [African \[Banjul\] Charter on Human and Peoples' Rights](#), adopted June 27, 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), entered into force Oct. 21, 1986, article 24: “All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favorable to their development”.

²⁴⁵ Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden zoals gewijzigd door Protocol Nr. 11, artikel 8, par. 1: “Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.”

²⁴⁶ Federal High Court of Nigeria, Benin City, *Gbemre and Others v. Shell Petroleum Development Company Ltd and Others*, 14 November 2005, Suit No: FHC/B/CS//53/05, in: Olufemi O. Amao, ‘Corporate Social Responsibility, Multinational Corporations and the Law in Nigeria: Controlling Multinational in Host States’, *Journal of African Law*, 52, 1 (2008), p. 109 (**productie J.8**); African Commission on Human and Peoples’ Rights, *The Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and the Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, Communication 155/96 27 October 2001; (**productie J.9**) European Court of Human Rights, *López Ostra v. Spain*, 9 December 1994, Series A, No. 303-C, p. 54 (1995) 20 EHRR 277, par. 51 (**productie J.10**).

²⁴⁷ Federal High Court of Nigeria, Benin City, *Gbemre and Others v. Shell Petroleum Development Company Ltd and Others*, 14 November 2005, Suit No: FHC/B/CS//53/05 (**productie L.5**).

391. Deze zaak is een historische uitspraak in de toepassing van fundamentele mensenrechten in milieuzaken in Nigeria.²⁴⁸ Hieruit volgt tevens de horizontale werking van het recht op leven en menselijke waardigheid, inclusief het recht op een schoon leefmilieu.²⁴⁹
392. Door de inadequate en onzorgvuldige sanering (zie hoofdstuk 'Inadequate sanering') wordt ook thans nog de schade als gevolg van de olie lekkage steeds groter.
393. Als gevolg van de lekkage van omstreeks 26 juni 2005 lijden Oguru, Efanga en anderen in en rondom Oruma derhalve schade ten gevolge van een aantasting van recht op leven en menselijke waardigheid, inclusief hun recht op een schone leefomgeving, hun gezondheid, hun eigendommen en inkomenscapaciteit. Eisers Oguru en Efanga en anderen in en rondom Oruma hebben daarom belang bij een verklaring voor recht dat door Shell Nigeria en Shell Holding onrechtmatig jegens hen is gehandeld en de gebodsvorderingen tot voorkoming van verdere schade en tot sanering van de schade die het gevolg is van de olie lekkage van omstreeks 26 juni 2005.

8.3 Milieuschade

394. Meer in het algemeen is het milieu nabij Oruma ernstig beschadigd. Eisers verwijzen hiervoor naar hun stellingen uit de dagvaarding in het hoofdstuk 'Feitelijke context: olie lekkages in de Nigerdelta' en naar het UNEP-rapport, waar de vernietigende gevolgen van olie lekkages uitvoerig worden beschreven.²⁵⁰ Zo wordt over mangrove,²⁵¹ land en beplanting,²⁵²

²⁴⁸ Nigeria's 3rd Periodic Country Report: 2005-2008 on the implementation of the African Charter on Human and Peoples' Rights in Nigeria, p. 85: "This is a landmark judgment in the sense of application of fundamental human rights to an environmental case for the first time in Nigeria, consistent with the trend in other jurisdictions."

²⁴⁹ Dat artikel 8 EVRM horizontale werking heeft blijkt uit de zaak *Edamse Bijstandsmoeder* (HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 4.4.) Hier heeft de Hoge Raad expliciet erkend dat het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer indirecte horizontale werking heeft. Aangenomen werd dat art. 8 EVRM ook werking heeft tussen burgers onderling. Zie ook HR 4 maart 1988, nr. 13516, NJ 1989/361, r.o. 5.a (Hoge Raad): "De privacy-inbreuk levert, volgens r.o. 4.4 van HR 9 jan. 1987, in beginsel een onrechtmatige daad op in de zin van art. 1401 BW. Het recht op privacy (art. 8 EVRM en het nog niet in werking getreden art. 10 Gr.w) heeft horizontale werking (aldus ook HR 16 okt. 1987, (NJ 1988, 850, m.nt. EAA; Red.)" en HR 22 februari 2002, Nr C00/227HR, NJ 2002/240, r.o. 51: "Art. 8 EVRM strekt ertoe burgers te beschermen tegen willekeurige inmenging van overheidswege in hun 'family life'. Dat sluit horizontale werking van het artikel niet uit: het beschermt ook tegen schending van family life door andere burgers."

²⁵⁰ UNEP-rapport, hoofdstukken 4 'Assessment of Contaminated Soil and Groundwater' en 5 'Assessment of Vegetation, Aquatic and Public Health Issues'.

²⁵¹ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 158: "The impact of oil on mangrove vegetation in Ogoniland has been disastrous, as was evident to the UNEP team during an early reconnaissance mission along the creeks. Impacts vary from extreme stress to total destruction. In the most impacted areas, only the roots of the mangroves remains, with no stems or leaves. The roots are completely coated in oil, sometimes with a 1 cm or more thick layer of bituminous substance. The pollution has accumulated over a very long period, perhaps over decades."

²⁵² UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 167: "When spills have occurred on land but no remedial action is taken, the oil seeps to the ground and flows to low lying areas. This spread is exacerbated by rainfall, which enables oil to run off into nearby farms, ponds, swamps or creeks. When oil reaches the root zone, plants begin to experience stress and, in extreme cases, death follows. This is observed routinely in Ogoniland, for example within swamp vegetation. Any crops in the area directly impacted will also be damaged, and root crops, such as cassava, will become unusable. However, in due course, even when no remedial action is initiated, thick layers of oil will eventually wash off from the soil, making it possible for more tolerant plant species to re-establish, giving the area an appearance of having returned to healthy stage. When farming recommences, plants generally show signs of stress and yields are reportedly lower than in non-impacted areas. This naturally has an impact on the livelihood of the community though statistical information on this issue was not available. Also farming in soil which is contaminated also exposes the community to dermal contact with hydrocarbons."

water(landschap)²⁵³ en volksgezondheid²⁵⁴ geschreven dat olievervuiling hiervoor ernstige, zo niet vernietigende gevolgen heeft.

395. Eiseres Milieudefensie heeft daarom belang bij de verklaring voor recht dat jegens haar onrechtmatig is gehandeld door Shell Nigeria en Shell Holding en de gebodsvorderingen tot voorkoming van verdere schade en tot sanering van de schade die het gevolg is van de olie lekkage van omstreeks 26 juni 2005.

8.4 Gezondheidsschade

396. Tot slot merken eisers met betrekking tot de mogelijkheid tot het vorderen van toekomstige (letsel)schade het volgende op. Eisers verzoeken de rechtbank voor recht te verklaren dat Shell de door eisers geleden en nog te lijden schade dient te vergoeden. Het is hiervoor voldoende feiten te stellen waaruit blijkt dat het aannemelijk is dat dergelijke schade geleden is of zal worden geleden.
397. Shell stelt zich op het standpunt dat het naar Nigeriaans recht niet mogelijk is een vordering in te stellen ten aanzien van toekomstige (letsel)schade. De rechtbank heeft eisers in de gelegenheid gesteld hun standpunt nader toe te lichten.²⁵⁵
398. In de door Oditah aangehaalde uitspraak van het Hof inzake *SPDC v. Farah*, staat het volgende:
- “Damages for prospective loss are in general recoverable. The rule is that damages for loss resulting from a single cause of action will include compensation not only for damage accruing between the time the cause of action arose and the time the action was commenced, but also for future or prospective damages reasonably anticipated as the result of the defendant’s wrong, whether such future damage is certain or contingent.”²⁵⁶
399. Als er dus schade is – zoals in onderhavig geval de schade aan het land en de visvijvers en beplantingen van Oguru en Efanga – is het mogelijk eventuele (‘contingent’) redelijk te verwachten toekomstige schade te vorderen.²⁵⁷ Door bovenstaand principe wordt niet uitgesloten dat deze schade een andere aard kan hebben, mits de schade maar redelijk voorzienbaar is.
400. Eisers stellen dat hun gezondheid als gevolg van een vervuilde leefomgeving is aangetast. Dat olie lekkages schadelijke gevolgen kan hebben voor de gezondheid van mens en dier wordt door Shell niet betwist. Het UNEP bevestigt dit gegeven.²⁵⁸
401. Shell betwist dat eisers gezondheidsschade hebben geleden door het *drinken* van vervuild water.²⁵⁹ Shell onderbouwt dit argument door te stellen dat de Oruma-gemeenschap sinds 2002

²⁵³ UNEP-rapport (**productie L.7**), pp. 174-175: “Over the course of more than a year of fieldwork in Ogoniland, the presence of a hydrocarbon sheen was an everyday reality and it is clear that the above provision [Section VIII, 2.11.3 of the EGASPIN] is not enforced. (...) An oily sheen is ever-present on the water surface of the creeks around Ogoniland. (...) Lack of proper clean-up can prevent the re-establishment of benthic activity, which affects ecosystem functioning and productivity.”

²⁵⁴ UNEP-rapport (**productie L.7**), p. 198: “It is possible that human health has been adversely affected by exposure to hydrocarbons through multiple routes. The situation could be particularly acute where high levels of benzene were detected in drinking water”.

²⁵⁵ Exhibitie-vonnis, r.o. 5.4.

²⁵⁶ Court of Appeal (Port Harcourt division), *SPDC v. Farah* (7 december 1994), [1995] 3 NWLR 382, p. 161.

²⁵⁷ Ook in een van de door Oditah geciteerde Engelse zaken (House of Lords, *Gregg v. Scott* (27 januari 2005) [2005] 4 All ER, r.o. 176 en 207) wordt de mogelijkheid van een vordering op grond van toekomstige gezondheidsschade opengelaten.

²⁵⁸ UNEP-rapport (**productie L.7**), pp. 40-42, 191-193, 198-200, 214-215.

beschikt over een waterleidingsysteem dat water betreft uit een geboorde put.²⁶⁰ Dit is echter geen weerlegging van de stellingen van eisers. Ook water uit een geboorde put kan vervuild zijn als gevolg van een olie lekkage. De olie – zeker indien deze een lang periode onopgeruimd blijft, of indien enkel de RENA-methode wordt toegepast om de olie op te ruimen – zakt weg in de grond en komt in het grondwater terecht.²⁶¹ Hierdoor komen de schadelijke stoffen uit olie alsnog in het drinkwater uit de geboorde put terecht.²⁶² Juist hierom verplicht het NOSCP schoon drinkwater te verschaffen aan door een olie lekkage getroffen gemeenschappen.²⁶³

8.5 Immateriële schadevergoeding op grond van andere torts

402. Zoals hierboven (nr. 136) aangegeven, kan echter bij de tort of trespass to chattel nominale schadevergoeding worden toegewezen, wanneer de trespass is vastgesteld (zelfs indien geen verdere schade is geleden).
403. Daarnaast is het onder Nigeriaans recht mogelijk immateriële schade te vorderen op grond van hinder (nuisance):

“Beyond physical damage to the land however, a nuisance may cause *annoyance, inconvenience, discomfort, or even illness* to the plaintiff occupier. Recovery in respect of these principally non-pecuniary losses is allowable and may be regarded as part of the normal measure of damages.”²⁶⁴

404. Aangezien zowel de tort of trespass to chattel als de tort of nuisance in deze zaak door Shell Nigeria zijn geschonden, is naast materiële schadevergoeding zeker ook immateriële schadevergoeding mogelijk.

8.6 Conclusie schade

405. Eisers concluderen dat zij voldoende hebben aangetoond dat zij schade hebben geleden en thans nog steeds schade lijden. De precieze omvang van de schade van Efanga en Oguru en aan het milieu dient, gezien de aard van de onderhavige procedure, in een later stadium te worden opgemaakt.

9 SAMENVATTING AANSPRAKELIJKHEDEN

406. Zoals hierboven is aangegeven is Shell naar Nigeriaans recht jegens eisers aansprakelijk wanneer zij haar aansprakelijk kan worden gehouden voor de schade die het gevolg is van haar schending van de ‘tort of negligence’, de ‘tort of nuisance’, de ‘tort of trespass to chattel’ en/of schending van de ‘Rule in *Rylands v. Fletcher*’.
407. Hieronder zal worden samengevat dat Shell Holding en Shell Nigeria beide aansprakelijk zijn voor de door eisers geleden schade.

²⁵⁹ CvA 13 mei 2009, nr. 102.

²⁶⁰ CvA 13 mei 2009, nr. 52.

²⁶¹ UNEP-rapport (**productie L.7**), pp. 40-42, 191-193, 198-200, 214-215.

²⁶² Dit blijkt ook uit het UNEP-rapport (**productie L.7**), pp. 214-215: “The UNEP assessment also found hydrocarbons exceeding Nigerian drinking water standards in 28 drinking water wells used by Ogoni communities.”

²⁶³ NOSCP (**productie G.3**), par. 17.3, p. 63; zie ook het hoofdstuk 6 ‘Inadequate reactie’.

²⁶⁴ Court of Appeal (Port Harcourt division), *SPDC v. Farah* (7 december 1994), [1995] 3 NWLR 382, p. 194 (cursivering toegevoegd).

9.1 Negligence

408. Van de ‘tort of negligence’ is sprake indien er Shell een zorgplicht heeft jegens de Oguru c.s., deze zorgplicht heeft geschonden en eisers als gevolg daarvan schade heeft geleden.
409. Zoals hierboven is gebleken, rust op Shell naar Nigeriaans recht een zorgplicht indien:
- de schade voorzienbaar is bij het niet handelen conform die zorgplicht;
 - er sprake is van een bijzondere relatie tussen Shell en de potentieel gelaedeerden;
 - het niet onredelijk of onbillijk zou zijn dat aan Shell een dergelijke plicht wordt opgelegd.

9.1.1 Voorzienbaarheid schade

410. Olielekkages uit Shell-installaties in de Nigerdelta zijn onbetwist voorzienbaar voor Shell Holding en Shell Nigeria, gezien de door Shell zelf gestelde frequentie van dergelijke lekkages. Ook lekkages als gevolg van sabotage haar pijpleidingen zijn voor Shell voorzienbaar en komen in de gehele Nigerdelta voor. Het is ook onbetwist voorzienbaar dat bij dergelijke lekkages grote schade aan mens en milieu in de kwetsbare en verarmde Nigerdelta plaatsvinden. Zelfs als de lekkage nabij Oruma het gevolg zou zijn van sabotage, was deze lekkage en de schade als gevolg daarvan voor Shell voorzienbaar.
411. Het was eveneens voor Shell voorzienbaar dat een vertraagde of anderszins inadequate reactie op de lekkage nabij Oruma tot toename van de schade als gevolg daarvan zou leiden. Immers, zowel het behouden van oliedruk op de pijpleiding als het niet adequaat indammen van de gelekte olie, heeft ertoe geleid dat er meer olie dan nodig over een groter gebied is verspreid en derhalve meer schade heeft toegebracht.
412. Daarnaast was het voor Shell voorzienbaar dat ondermaatse schoonmaakwerkzaamheden na een lekkage tot toename van de schade of in ieder geval voortduren zouden lijden.
413. Dat betekent dat zowel het voorkomen van (sabotage-)lekkages bij Oruma, als het adequaat reageren op en opruimen van die lekkage noodzakelijk is om voorzienbare schade te voorkomen. Dat betekent dat daarvoor voldaan is aan het eerste vereiste voor het aannemen van een zorgplicht van Shell Holding en Shell Nigeria.

9.1.2 Proximity

414. Proximity wordt ook wel het neighbour principe genoemd; het spreekt voor zich dat Shell Nigeria ten opzichte van de Oruma gemeenschap in het algemeen en Oguru en Efanga in het bijzonder een nabijheidsrelatie heeft.
415. Shell Nigeria heeft als operator van de pijpleiding van de pijpleiding de opgelegde en op zich genomen verantwoordelijkheid lekkages uit die pijpleiding te voorkomen. Door niet afdoende te zorgen voor bescherming van de pijpleiding nabij Oruma, heeft zij bovendien, mede gezien de historie van sabotages in Nigeria een gevaarlijke situatie laten ontstaan, waarvan saboteurs gebruik kunnen maken en aldus schade aanrichten. In ieder geval heeft Shel Nigeria een situatie doen voortbestaan die gebruikelijk tot gevaarstelling door derden leidde.
416. Shell Holding heeft zich het milieubelang en in het bijzonder de situatie in Nigeria als concernbelang aangetrokken. Zo heeft zij beleidsregels opgelegd aan Shell Nigeria, die door

haar moeten worden nageleefd.²⁶⁵ Zij heeft daarmee de (mede)verantwoordelijkheid voor de situatie/milieuveiligheid in Nigeria op zich genomen.

417. Shell Holding is verder verantwoordelijk voor het in stand laten van een situatie die vanwege de gebruikelijke hoeveelheid sabotage door saboteurs kan worden uitgebuit. Zo keurt Shell Holding jaarlijks de beleidsplannen van Shell Nigeria goed, waarin onder meer wordt aangegeven welke grote investeringen er zullen worden gedaan. Zij heeft dus jaar na jaar de situatie in stand gelaten dat geen adequate maatregelen werden getroffen om lekkages als gevolg van sabotage adequaat te voorkomen. Op die grond heeft Shell Holding eveneens een bijzondere relatie ten aanzien van het beperken van de sabotage.
418. Shell Nigeria heeft tevens een nabijheidsrelatie met de Oruma gemeenschap ten aanzien van het adequaat reageren op de lekkage en het saneren daarvan. Shell Nigeria heeft op grond van Nigeriaanse regelgeving de opgelegde verantwoordelijkheid snel en adequaat te handelen als een lekkage heeft plaatsgevonden en de gelekte olie goed op te ruimen.
419. De bijzondere relatie tussen Shell Holding en de leden van de Oruma gemeenschap ten aanzien van de adequate reactie op lekkages (inclusief de sanering daarvan) is ontstaan door de directe bemoeienis van Shell Holding met het milieubeleid in Nigeria, waar lekkages aan de orde van de dag zijn. Shell Holding heeft groepsmilieubeleid opgesteld waaruit onder meer blijkt hoe Shell Nigeria dient te reageren op een olie lekkage en hoe deze dient te worden gesaneerd. Dit beleid dat door Shell Holding wordt goedgekeurd en (verplichtend) opgelegd aan haar werkmaatschappij in Nigeria, behelst een ‘assumption of responsibility’. Nu Shell Holding zich deze belangen heeft aangetrokken, dient zij er ook zorg voor te dragen dat aan deze belangen geen schade worden toegebracht. Dit is haar ook mogelijk gezien haar mogelijkheden tot beleid beïnvloeding bij Shell Nigeria.
420. Shell Holding heeft voorts bewust een situatie in stand gelaten waarvan zij wist dat deze tot schade kon leiden door het handelen van derden. Shell Holding heeft, ondanks haar kennis over de inadequate reactie op lekkages en de inadequate sanering daarvan door Shell Nigeria, ervoor gekozen om in het standaardbeleid van Shell Nigeria ten aanzien van ‘onbelangrijke’ lekkages geen verandering te brengen. Het voorzienbare gevolg van dit nalaten was dat aan eisers en het milieu in en rond Oruma schade zou ontstaan.
421. Op grond van het voorgaande hebben derhalve zowel Shell Nigeria als Shell Holding een bijzondere relatie (van proximity) met de (leden van de) Oruma-gemeenschap ten aanzien van het voorkomen van lekkages en het hebben van een adequate reactie en sanering na een lekkage.

9.1.3 *Zorgplicht is redelijk*

422. Het opleggen van een zorgplicht aan Shell Nigeria en Shell Holding ten aanzien van deze drie onderdelen is voorts eerlijk, juist en redelijk. Hiertoe wordt onder andere verwezen naar hetgeen is gesteld – ook in de dagvaarding – over de positie van Shell Nigeria als operator en onderdeel van het Shell concern en van Shell Holding als moedermaatschappij die van oliewinning één van haar core business heeft gemaakt. Eisers hebben verder gewezen op de vergaande kennis van Shell, het enorme belang dat zij heeft bij oliewinning in Nigeria en de in die verhouding beperkte investering die van haar gevergd worden.

²⁶⁵ Verwezen wordt naar hetgeen hierover al in de dagvaarding is gezegd in de hoofdstukken 12.2, ‘Nigeria is een concernbelang’, 12.3 ‘Centrale aansturing door Shell plc van Shell Nigeria’, 12.4 ‘Wijze van centrale aansturing’ en 12.5 ‘Conclusie zeggenschap Shell plc over milieubeleid Shell Nigeria’.

423. De conclusie van het voorgaande is dat op Shell naar Nigeriaans recht de zorgplicht rust om olielekages te voorkomen, in een voorkomend geval daarop adequaat te reageren en deze dan ook te saneren.

9.1.4 Schending zorgplicht

424. Indien Shell had gehandeld in overeenstemming met haar duty of care, dan had zij er derhalve voor zorggedragen dat de lekkage nabij Oruma niet had plaatsgevonden. Toen de lekkage op 26 juni 2005 was geconstateerd, was het de zorgplicht van Shell om ervoor zorg te dragen dat op die melding adequaat werd gereageerd, namelijk onder meer dat de oliestroom onmiddellijk werd afgesloten en dat voor indamming van de gelekte olie werd gezorgd om vervolgens het lek terstond te dichten. Het was voorts Shell's zorgplicht om ervoor zorg te dragen dat de opruiming van de gelekte olie en de sanering van het milieu adequaat geschieden, dus in ieder geval door alle gelekte olie op te ruimen, ervoor te zorgen dat het vervuilde milieu weer schoon was.
425. In deze zaak heeft Shell haar zorgplichten op deze drie vlakken geschonden. Aldus is zowel Shell Nigeria als Shell Holding 'negligent' geweest.
426. Shell Nigeria had de mogelijkheid om in overeenstemming met haar zorgplicht te handelen door investeringsvoorstellen te doen aan Shell Holding voor adequate bescherming tegen olielekages, door te handelen in overeenstemming met het Nigeriaanse recht (inclusief de daarbij behorende 'good oil field practices') met betrekking tot reactie op lekages en met betrekking tot het saneren van olielekages.
427. Shell Holding had, zoals hiervoor aangegeven, de mogelijkheid om haar zeggenschap over Shell Nigeria zodanig aan te wenden dat zij investeringen deed in adequate maatregelen tegen lekages en dat Shell Nigeria overeenkomstig door Shell Holding aangenomen groepsbeleid handelde dat ertoe zou leiden dat op olielekages in Nigeria adequaat werd gereageerd en dat deze adequaat werden gesaneerd.
428. Zowel Shell Nigeria als Shell Holding hebben nagelaten aan deze op hen rustende zorgplichten te voldoen en hebben aldus nalatig gehandeld. De schade die aan zowel de belangen van Oguru en Efanga als aan het milieu is aangericht is het rechtstreekse gevolg van dit nalaten. Dat betekent dat Shell Nigeria en Shell Holding ieder voor zich en gezamenlijk aansprakelijk zijn uit de 'tort of negligence' naar Nigeriaans recht.

9.1.5 Causaliteit

429. De zorgplichten die op zowel Shell Nigeria als Shell Holding rusten en die gedaagden hebben geschonden, hebben tot doel schade door olielekages te voorkomen dan wel te minimaliseren. De schade die voor Oguru, Efanga en het milieu is ontstaan door de olielekage nabij Oruma in juni 2006 en de nalatige reactie van Shell daarop, is het directe gevolg van het nalaten te handelen in overeenstemming met haar zorgplichten. Daarmee is het causale verband tussen de negligence van Shell Nigeria als Shell Holding en de door Oguru, Efanga en het milieu is ontstane schade gegeven.

9.2 Overige 'torts' naar Nigeriaans recht

430. Shell Nigeria heeft verder door te handelen als hierboven omschreven gehandeld in strijd met een aantal specifieke andere 'torts' naar Nigeriaans recht. Dit levert ten aanzien van Shell Nigeria een zelfstandige basis voor aansprakelijkheid op. De conclusies te dien aanzien zullen hier kort worden samengevat.

9.2.1 *Nuisance*

431. Het nalaten van Shell Nigeria om de lekkage nabij Oruma te voorkomen, heeft een inbreuk opgeleverd op het rustig gebruik van milieu en het bij eisers gebruik zijnde land en visvijvers. Dit nalaten levert jegens eisers de tort of nuisance op. Datzelfde geldt voor het nalatig handelen in het kader van de reactie op de lekkage (zoals het niet tijdig afsluiten van de oliestroom en het niet tijdig indammen van de gelekte olie) en de wijze waarop door Shell Nigeria gesaneerd (te laat en niet op effectieve wijze). Zo heeft de inbreuk op het rustig gebruik van het milieu en het bezit van eisers – onnodig – voortgeduurd, waarvoor Shell Nigeria aansprakelijk is.

9.2.2 *Trespass to chattel*

432. De lekkage nabij Oruma heeft schade toegebracht aan roerende zaken van Oguru en Efanga, hun gewassen, beplanting en vissen. Aldus is er sprake van een inbreuk op het gebruik van deze zaken – trespass to chattel. Shell Nigeria is daarvoor verantwoordelijk aangezien zij de lekkage niet heeft voorkomen, voorts niet tijdig en adequaat heeft gereageerd om de daardoor ontstane schade te beperken en tot slot heeft nagelaten om de vervuiling tijdig en volledig te saneren. Shell Nigeria is derhalve jegens Oguru en Efanga eveneens aansprakelijk uit trespass to chattel.

9.2.3 *The Rule in Rylands v. Fletcher*

433. Toen de olie eenmaal uit de pijpleiding was gestroomd, was sprake van een gevaarlijke, niet-natuurlijke stof die Shell Nigeria op haar right of way hield. Voor het verspreiden van die gevaarlijke stof in het milieu nabij Oruma en naar het land van eisers is Shell Nigeria aansprakelijk op grond van de ‘Rule in Rylands v. Fletcher’.

9.3 Conclusie

434. Shell Nigeria is aansprakelijk voor de schade die is ontstaan als gevolg van de lekkage nabij Oruma in juni 2005 op grond van de ‘tort of nuisance’, de ‘tort of trespass to chattel’ en schending van de ‘Rule in Rylands v. Fletcher’.
435. Shell Nigeria en Shell Holding zijn daarnaast jegens eisers ieder voor zich aansprakelijk uit de tort of negligence naar Nigeriaans recht die het gevolg is geweest van hun handelen in strijd met de op hen rustende onderscheidende zorgplichten.

10 NADERE TOELICHTING OP ONDERDELEN VAN HET PETITUM

436. In deze conclusie van repliek zijn eisers uitgegaan van het voorlopig oordeel van de rechtbank omtrent de oorzaak van de lekkage. Zoals gezegd, handhaven zij hun andersluidende stellingen daaromtrent. Dat betekent eveneens dat zij hun eis wat dat betreft niet zullen verminderen; de toelichting op het gedeelte van de eis dat betrekking heeft op adequaat pijpleidingonderhoud wordt echter niet in deze repliek maar in de overige stukken van deze zaak gevonden, waarnaar zij verwijzen.
437. Oguru c.s. hebben geen reden om aan te nemen dat de stellingen van Shell dat de pijpleiding nabij Oruma waaruit de lekkage heeft plaatsgevonden inmiddels als reservepijpleiding wordt gebruikt. Zij zullen hun vordering dan ook in die zin verminderen dat zij niet langer vorderen dat de pijpleiding bij Oruma wordt vervangen. Oguru c.s. houden echter belang bij de gebodsvordering op het voorkomen van lekkages uit de *in gebruik zijnde* pijpleiding bij Oruma,

aangezien noch de huidige, noch de oude hoofdpijpleiding adequaat zijn beschermd tegen lekkages. Oguru c.s. wijzigen hun vorderingen dan ook bij deze in genoemde zin wijzigen.

10.1 Inzage in stukken

- 438. Met het nemen van deze conclusie van repliek is een ander stadium in de procedure aangebroken dan waarin de rechtbank het exhibitie-vonnis wees. Thans hebben eisers naar Nigeriaans recht aangevoerd dat en waarom Shell Nigeria en Shell Holding aansprakelijk zijn voor de lekkage bij Oruma in juni 2005 en de gevolgen van de inadequate reactie daarop.
- 439. Eisers handhaven derhalve hun verzoek om gedaagden te bevelen de voor deze zaak relevante stukken aan de rechtbank te verstrekken. Dat geldt in het bijzonder voor de door de rechtbank in het exhibitie-vonnis in rechtsoverweging 4.13 a t/m e genoemde bescheiden, waarvan het rechtmatig belang in deze repliek is aangetoond.
- 440. Mocht de rechtbank hier niet toe overgaan, dan verzoeken eiseres, zoals zij reeds eerder hebben gedaan, aan Shell een verzwaarde stel- en motiveringsplicht op te leggen dan wel de bewijslast om te keren. Dit verzoek komt voort uit het feit dat Shell nog steeds over een zeer groot aantal stukken beschikt die eisers niet hebben kunnen inzien maar die – zeker thans – relevant zijn voor de beoordeling van de onderhavige zaak.

10.2 Gezondheid- en milieuschade

- 441. Zoals hierboven is aangegeven, hebben Oguru en Efanga schade geleden door de olie lekkage. Zij preciseren hun eis ten aanzien van de door hen gevorderde verklaring voor recht ten aanzien van de gezondheidsschade als volgt.
- 442. Uit het UNEP-rapport blijkt dat de olie vervuiling van het gebied rondom Oruma tot gezondheidsschade heeft geleid bij eisers; eisers vorderen een verklaring voor recht dat Shell aansprakelijk is voor de schade aan hun gezondheid die het gevolg is van de olie lekkage van 26 juni 2005 nabij Oruma en dat Shell deze thans reeds geleden schade dient te vergoeden, ook voor zover deze zich eerst in de toekomst zal openbaren.
- 443. Eisers vorderen voorts een verklaring voor recht dat Shell aansprakelijk is voor de aantasting van hun lichamelijk integriteit door de het leven in een vervuilde leefomgeving.
- 444. Het staat voorts vast dat schade aan het milieu is opgetreden; Milieudefensie heeft daarom belang bij de gebodsvorderingen tot voorkoming schade en – voor zover her nog restschade bestaat – tot sanering.

Eisers vragen hierbij akte van de door hen hierboven omschreven wijzigingen van eis.

Met conclusie: tot persistit!

Behandelend advocaat

11 VERKLARENDE WOORDENLIJST

Board of Directors	De Board heeft de algemeen controlerende leiding over de Shell groep, zorgt voor eenheid van strategie binnen Shell Holding en neemt essentiële beslissingen. Vóór papieren transitie: de ‘Conference’
CSRC	Het ‘Corporate & Social Responsibility Board Committee’ houdt zich bezig met het beoordelen van de ‘General Business Principles’ en Gedragscode en het adviseren van de Board of Directors daarover. Vóór de papieren transitie: het ‘Social Responsibility Committee’
EGASPIN	Environmental Guidelines And Standards for the Petroleum Industry in Nigeria
Executive committee	Het Executive Committee van Shell plc draagt verantwoordelijkheid voor de algehele activiteiten en de gang van zaken bij de Shell groep en geeft leiding aan alle managementniveaus binnen de Shell groep. Het Executive Committee heeft verder de beslissingsbevoegdheid voor alle bestuurlijke zaken (voor zover deze niet aan de Board toebehoren). Vóór papieren transitie: ‘Committee of Managing Directors’
Exhibitie-vonnis	Vonnis van de rechtbank d.d. 14 september 2011 in het exhibitie-incident.
JIT	Joint Investigation Team
JIV	Joint Investigation Visit
NOSCP	National Oil Spil Contingency Plan
Shell Holding	Wordt in deze conclusie van repliek gebruikt om de bedrijven aan te duiden die aan het hoofd staan van de Shell Group of Companies; volgens de stellingen van Shell dient daarin een onderscheid gemaakt te worden tussen de periode tot aan juli 2005 en de periode daarna. Tot juli 2005 stonden dan de bedrijven N.V. Koninklijke Nederlandsche Petroleum Maatschappij en Shell T & T , na juli 2005 Royal Dutch Shell Plc. Het staat vast dat ook na juli 2005 de (rechtsopvolger van de) Koninklijke en Shell T&T nog uiteindelijk 100% aandeelhouder waren van Shell Nigeria (zie hierover ook paragraaf 2.1.4).
Shell Nigeria	Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. (SPDC)
Shell T & T	Shell Transport and Trading Company Ltd.
De Koninklijke	N.V. Koninklijke Nederlandsche Petroleum Maatschappij (inmiddels opgegaan in Shell Petroleum N.V.)

Shell Petroleum	Shell Petroleum N.V. (rechtsopvolger van De Koninklijke)
Shell Plc	Royal Dutch Shell Plc

12 LIJST VAN PRODUCTIES

Documenten en beelden met betrekking tot Oruma

- L.1 Legal opinion Professor Muhammed Tawfiq Ladan en Dr. Rhuks Temitope Ako (13 december 2011)
- L.2 Curriculum vitae Professor Muhammed Tawfiq Ladan
- L.3 Curriculum vitae Dr. Rhuks Temitope Ako
- L.4 Rapport Internationaal Juridisch Instituut (8 december 2011)
- L.5 Federal High Court of Nigeria, Benin City, *Gbemre and Others v. Shell Petroleum Development Company Ltd and Others*, 14 November 2005, Suit No: FHC/B/CS//53/05
- L.6 J.G. Frynas, 'Oil in Nigeria: Conflict and Litigation between Oil Companies and Village Communities' (Hamburg: LIT, 2000)
- L.7 United Nations Environment Programme-rapport, 'Environmental Assessment of Ogoniland' (2011)
- L.8 Algemene beleidsuitgangspunten van Shell (2010)
- L.9 Gedragscode van Shell (september 2010)
- L.10 HSSE&SP commitment and policy
- L.11 API Standaard, 'Managing System Integrity for Hazardous Liquid Pipelines' (November 2001)
- L.12 Foto's afkomstig van de website van Shell, waarop duidelijk zichtbaar is dat daar wél sprake is van ronde sabotagegaten
- L.13 Foto genomen is vanaf de openbare weg, waarop de ROW tussen de openbare weg en de locatie van de lekkage (ruwweg gemarkeerd met een pijl) te zien is
- L.14 Print Google maps van locatie Oruma
- L.15 Krantenbericht 'Bayelsa Youths Take Over Shell Oil Well' (9 februari 2001)