

PLEITNOTITIES MR. CH. SAMKALDEN

zaaknr.	appellanten		geïntimeerden	
a. 200.126.804	Fidelis Ayoro Oguru Alali Efanga Vereniging Milieudefensie advocaat: mr. Ch. Samkalden	tegen	Shell Petroleum N.V. The 'Shell' Transport and Trading Company Ltd. advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk	ORUMA
b. 200.126.834	Fidelis Ayoro Oguru Alali Efanga Vereniging Milieudefensie advocaat: mr. Ch. Samkalden	tegen	Royal Dutch Shell plc The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk	
c. 200.126.843	Eric Barizaa Dooh Vereniging Milieudefensie advocaat: mr. Ch. Samkalden	tegen	Royal Dutch Shell plc The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk	GOI
d. 200.126.848	Eric Barizaa Dooh Vereniging Milieudefensie advocaat: mr. Ch. Samkalden	tegen	Shell Petroleum N.V. The 'Shell' Transport and Trading Company Ltd. advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk	
e. 200.126.849	Vereniging Milieudefensie advocaat: mr. Ch. Samkalden	tegen	Royal Dutch Shell plc The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk	IKOT ADA UDO
f. 200.127.813	The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd. advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk	tegen	Friday Alfred Akpan advocaat: mr. Ch. Samkalden	

Inleiding

1. In reactie op de exhibitievordering van Milieudefensie heeft Shell onder meer aangevoerd dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht heeft; dat in de zaak van Dooh en Milieudefensie tegen RDS en SPDC niet op de juiste wijze is gedagvaard; dat Milieudefensie niet ontvankelijk zou zijn; dat Eric Dooh niet ontvankelijk zou zijn; dat Dooh, Oguru, Efanga en Akpan niet vorderingsgerechtigd zouden zijn omdat zij het exclusieve eigendom of bezit van de grond niet zouden hebben aangetoond; en dat Milieudefensie, Dooh, Oguru, Efanga en Akpan misbruik maken van procesrecht. De onwaarschijnlijke baaierd aan formele verweren strekt evident tot geen ander doel dan het vermijden van de inhoudelijke beoordeling die deze zaak verdient.
2. Ik kan vandaag niet op alle weren ingaan. De ontvankelijkheid van Milieudefensie en de vorderingsgerechtigdheid van de Nigeriaanse eisers sla ik over. Die aspecten zijn al herhaaldelijk en uitvoerig aan de orde gekomen.
3. Over de appeldagvaarding in de zaak van Dooh en Milieudefensie tegen RDS en SPDC ben ik kort. De originele dagvaarding is bij uw Hof ingeschreven, maar vormt volgens Shell geen juiste weergave van wat de deurwaarder heeft gedaan. Shell stelt dat haar advocaat onmiddellijk na ontvangst van de afschriften heeft geconstateerd dat in deze zaak géén beroep zou zijn ingesteld. Twijfel of dat dan een fout van de deurwaarder was, zal er niet zijn geweest. Shell gaf geen sjoerge – niet in haar persberichten, ze trad niet in contact met de deurwaarder of de advocaat van Milieudefensie, maar wachtte rustig af. Dat kan een advocaat die handelt in het belang van zijn cliënt niet kwalijk worden genomen. Maar of daaruit ook moet volgen dat een partij door zo te handelen en zonder zelf in enig procesbelang te zijn geschaad, van een kennelijke vergissing van de deurwaarder profiteert met verval van instantie tot gevolg, dat is thans aan uw Hof om te beslissen.
4. Twee weken geleden heeft Shell een nieuwe productie in het geding gebracht. Het betreft een beslissing van het Nigeriaans Federal Court van december 2013 in de zaak van Dooh tegen SPDC. Die zaak begon al zo'n 20 jaar geleden en kon tijdens het leven van Barizaa Dooh niet worden beslecht. Volgens de beslissing van Justice Olotu kon Eric Dooh in die zaak niet in de positie van zijn vader treden, omdat de vordering van zijn vader met hem is gestorven. Ik weet niet precies wat Shell op basis van dat stuk wil betogen. Eruit blijkt in elk geval niet dat Dooh niet als erfopvolger zou zijn

aan te merken, zoals Shell eerder in deze procedure heeft gesteld. Ik weet ook niet waarom Shell pas twee weken voor pleidooi een stuk inbrengt dat al ruim een jaar oud is. Voor zover Shell zou willen betogen dat uit deze beslissing moet voortvloeien dat Eric Dooh ook in de *huidige* procedure de zaak niet als erfopvolger kan voortzetten, moet haar betoog falen. De feitelijke en juridische gronden die Dooh in deze zaak aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd, overstijgen zijn persoonlijke belangen en brengen ook volgens Nigeriaanse rechtspraak mee dat zijn zoon zijn vordering in rechte kan handhaven.

Achtergrond:

5. Milieudefensie, Dooh, Oguru, Efangana en Akpan houden Shell aansprakelijk voor de olielekages in Goi, Oruma en Ikot Ada Udo. Zij willen aantonen dat Shell nalatig is geweest bij het laten ontstaan, het verhelpen en het opruimen van die lekages. SPDC omdat ze onvoldoende maatregelen nam; de moedervereniging omdat ze zag tot welke milieuproblemen de structurele tekortkomingen van SPDC leidden, maar niet ingreep.
6. De volgende feiten staan niet ter discussie. In Oruma lag in 2005 een pijpleiding met ernstige corrosieproblemen.¹ De pijpleiding moest in 1994 een eerdere pijp vervangen die ook gecorrodeerd was.² De nieuwe pijp werd echter al in 1999 “unmanageable” verklaard.³ Onderzoekers constateerden dat de pijpleiding waarschijnlijk zou gaan lekken vóór het jaar 2003/2004.⁴ In 2005 trad de lekkage aan de pijpleiding op. De aanleg van een nieuwe pijpleiding is in dat jaar begonnen. Die nieuwe pijp is in 2009 in gebruik genomen.⁵
7. In Goi, Ogoniland, lag een pijpleiding die in 1963 was gebouwd met een voorziene levensduur van 30 jaar.⁶ Toen de pijpleiding dertig jaar oud was, in 1993, trok Shell zich om veiligheidsredenen terug uit Ogoniland. Vanaf dat moment kon Shell de pijpleiding niet langer inspecteren.⁷ Ze hield haar wel als hoofdpijpleiding in gebruik. In 2002 concludeerde een commissie van SPDC en Shell Global Solutions dat de pijpleiding aan zijn einde was en dat delen ervan ‘groot risico en gevaar’ opleverden:

¹ Environmental Impact Assessment Kolo Creek –Rumuekpe, Productie M.3 (Oguru).

² Environmental Impact Assessment Kolo Creek - Rumuekpe, Productie M.3 (Oguru), p. 2-17.

³ Id.

⁴ Id.

⁵ (voorwaardelijke) Conclusie van Antwoord (Shell), para. 52.

⁶ *Reply to the Defence Bodo Community a.o.* – Productie O.2 (alle zaken), para. 9.1.

⁷ Memorie van Antwoord fase 1 (Shell), para. 250.

de pijpleiding moest volledig worden vervangen.⁸ In 2004 trad de lekkage aan deze pijpleiding op. In 2013 nam SPDC het besluit de pijpleiding te vervangen en gedeeltelijk om te leiden. De nieuwe pijpleiding zal (in tegenstelling tot de vorige) worden voorzien van *fiber-optic sensing technology*, waarmee lekkages en sabotagepogingen vroegtijdig en op afstand kunnen worden gedetecteerd.⁹

8. In Ikot Ada Udo boorde Shell in 1959 een zogenaamde verkenningsput.¹⁰ Ze nam de put nooit in gebruik, maar heeft hem ook nooit ontmanteld of beveiligd. De put bleef onder druk staan en was vrij toegankelijk voor de omgeving. In 2006 en 2007 traden lekkages op aan de wellhead. In 2010 heeft Shell een cementen plug aangebracht die de put beschermd tegen lekkages.¹¹
9. De moedervereniging houdt zich binnen Shell bezig met algemene beleidslijnen, strategie en risicomanagement.¹² Zij is daartoe op de hoogte van alle serieuze milieu-incidenten en de oorzaak daarvan.¹³ Zij stelt zich doelen en ambities op het gebied van milieu, die in richtlijnen worden vastgesteld en door werkmaatschappijen moeten worden geïmplementeerd.¹⁴ De moedervereniging controleert de naleving van die groepsstandaarden en –beleid.¹⁵

Belang bij exhibitie

10. Shell had voorzien dat er in Goi en Oruma lekkages zouden ontstaan vanwege problemen aan de pijpleidingen. Ze kon voorzien dat er in Ikot Ada Udo een lekkage zou ontstaan. Toen ze de put dempte, was het kalf al verdronken. Wie haar pijpleidingen en de omwonenden ervan aan een zodanig risico blootstelt als Shell heeft gedaan, mag wel met zeer overtuigend materiaal komen om aansprakelijkheid af te wimpelen als zich dan daadwerkelijk een lekkage voordoet.
11. Sabotage is naar Nigeriaans recht een bevrijdend verweer. Het was dus aan Shell om te bewijzen dat de lekkages door sabotage waren veroorzaakt. Al bij tussenvonnissen aanvaardde de rechtbank de stellingen van Shell en nam ze – voorlopig - sabotage aan.

⁸ Reply to the Defence Bodo Community a.o. – Productie O.2 (alle zaken), para. 18.5: “*the remaining life of most of the SPDC Oil Trunklines is more or less non-existent or short, while some sections contain major risk and hazard. Outright replacement is necessary*”.

⁹ <http://www.shell.com/global/aboutshell/major-projects-2/trans-niger-pipeline-loopline.html>.

¹⁰ (voorwaardelijke) Conclusie van Antwoord (shell), para. 20.

¹¹ Conclusie van Dupliek Shell (Akpan), para. 9.

¹² Conclusie van Dupliek Shell (Oguru), para. 41.

¹³ Voorwaardelijke Conclusie van Antwoord Shell (Oguru), para. 72.

¹⁴ Conclusie van Dupliek Shell (Oguru), para. 42; productie N8, N9, N10, N11 (Oguru + overige zaken).

¹⁵ Conclusie van Dupliek Shell (Oguru), para. 46.

In datzelfde vonnis wees de rechtbank inzage in bescheiden met betrekking tot de toestand van de pijpleiding af, *omdat* de lekkages waren veroorzaakt door sabotage. De mogelijkheid om op basis van deze bescheiden tegenbewijs te leveren, was daarmee ook afgesloten.

12. Bij eindvonnis concludeerde de rechtbank vervolgens dat Milieudefensie niet voldoende concreet had betwist dat de lekkages *niet* door sabotage waren veroorzaakt. Het door Milieudefensie c.s. overgelegde rapport van Kuprewicz schiep wel “algemene twijfels”, maar bevatte volgens de rechtbank onvoldoende concrete aanwijzingen dat de lekkages een andere oorzaak hadden gehad.¹⁶
13. Kuprewicz had misschien specifiekere kunnen onderbouwen waarom het bewijs van Shell de conclusie van sabotage niet kan dragen.¹⁷ Maar “concrete aanwijzingen van een andere oorzaak dan sabotage” zou Kuprewicz nooit kunnen verstrekken.¹⁸ Hij kon niet meer doen dan de stellingen van Shell weerleggen, omdat er niet meer informatie beschikbaar is. Er zijn geen monsters van de pijpleiding, geen goede foto’s, geen andere technische gegevens beschikbaar. Er is alleen Shells verhaal van sabotage. Dat verhaal kan hooguit concreter worden weerlegd, door met bescheiden uit het *Corrosion Management Framework* aan te tonen dat corrosie een méér waarschijnlijke oorzaak is.
14. De slang beet zichzelf in de staart, óók bij de stukken ten aanzien van de moedervernootschap. De rechtbank overwoog bij tussenvonnis dat Milieudefensie c.s. nog onvoldoende concreet hadden onderbouwd dat een moedervernootschap naar Nigeriaans recht aansprakelijk kon zijn.¹⁹ Zij hadden hun vordering tot dan toe naar Nederlands recht ingericht. Daarom hadden Milieudefensie c.s. geen rechtmatig belang bij inzage in de gevorderde bescheiden. Bij eindvonnis stelde de rechtbank vast dat aansprakelijkheid van een moedervernootschap naar Nigeriaans recht mogelijk is, maar dat niet was komen vast te staan dat de omstandigheden waaronder dat het geval is, zich hier ook voordeden.²⁰
15. In plaats van elkaar te ondersteunen, sneden recht en feiten elkaar twee maal in de vingers.

¹⁶ Vgl. Vonnis Rechtbank Den Haag 30-01-2013, r.o. 4.24.

¹⁷ Expert Opinion Dr. Kuprewicz – Productie M.2 (alle zaken).

¹⁸ Vgl. Vonnis Rechtbank Den Haag 30-01-2013, r.o. 4.24.

¹⁹ Rechtbank Den Haag 14-09-2011, r.o. 4.14-4.15 (Oguru); 4.13-4.14 (Oguru); 4.12-4.13 (Akpan).

²⁰ Rechtbank Den Haag 30-01-2013, r.o. 4.36-4.38 (Dooh); 4.38-4.40 (Oguru); 4.31-4.33 (Akpan).

16. Bij gebrek aan feiten, viel de rechtbank in haar eindvonnis terug op veronderstellingen. Zo overwoog ze dat “niet [valt] in te zien waarom de moedervennootschappen meer kennis zouden hebben van de specifieke risico’s van de bedrijfstak van SPDC in Nigeria dan SPDC zelf”. Het is een vraag, zo merkt ook Robert Weir in zijn opinie op, waarbij je een vorm van feitelijk bewijs zou verwachten.²¹ Het soort bewijs dat nu wordt gevorderd.
17. De rechtbank spreekt van de specifieke risico’s van de bedrijfstak van SPDC. Het risico waar het om gaat, lag in de gevolgen van grootschalige olievervuiling op mens en milieu, veroorzaakt door de structurele tekortkomingen van SPDC. Op dat risico had de moedervennootschap bij uitstek zicht. En juist zij was in de positie om daarin een koerswijziging te bewerkstelligen. De bescheiden die met het oog op aansprakelijkheid van de moedervennootschap worden gevorderd, tonen aan dat zij daarvoor de kennis, de wetenschap en de betrokkenheid had.
18. Shell heeft naast haar formele verweren ook een groot aantal materiële verweren opgevoerd, die betrekking hebben op de juridische grondslagen van de vordering en de vaststellingen van de rechtbank. In wezen vindt Shell dat u uw gedachten over de hoofdzaak al klaar moeten hebben, voordat u een beslissing kunt nemen over het rechtmatig belang bij exhibitie.
19. De zaken staan er nu anders voor dan ten tijde van het exhibitie-incident in 2011. Er ligt een eindvonnis van de rechtbank. Tegen dat vonnis is nu beroep ingesteld. Er is dan ook geen twijfel meer over welke feiten en juridische grondslagen in deze zaken van belang zijn. Over de invulling daarvan kan discussie bestaan; die discussie moet bij grieven in de hoofdzaak worden uitgevochten.
20. Milieudefensie c.s. zijn op alle verweren ingegaan, maar wel in de overtuiging dat de vraag, of bijvoorbeeld de rechtbank terecht heeft vastgesteld dat op de moedervennootschap een zorgplicht kan rusten,²² of dat ook bij sabotage aansprakelijkheid voor de operator kan bestaan,²³ in de hoofdzaak en niet in het kader

²¹ “..that is an issue on which I would expect there to be evidence. In the ordinary way, this would be obtained by disclosure of, for instance, the minutes of board meetings of RDS and SPDC and any guidance/protocols/risk assessments and alike produced by RDS and SPDC. Absent disclosure, I could not see the English Court making a finding that RDS did not have such superior knowledge. It is not at all clear to me on what basis the district court of The Hague purported to reach its assessment that it was “not clear why the parent companies should have more knowledge of the specific risks of the industry in which SPDC operated in Nigeria than SPDC itself.”
Opinie Robert Weir, para. 55 – Productie N.2 (alle zaken):

²² Rechtbank Den Haag 30-01-2013, r.o. 4.28-4.29 (Dooh); 4.30-4.31 (Oguru); 4.24-25 (Akpan).

²³ Rechtbank Den Haag 30-01-2013, r.o. 4.26 (Dooh); 4.28 (Oguru); 4.22 (Akpan).

van een exhibitievordering dient te worden beslecht. Dat is de gelegenheid waarop partijen hun stellingen in volle omvang aan u kunnen voorleggen – al dan niet ondersteund met het nieuw verkregen bewijsmateriaal.

21. Voor nu is de vraag van belang welke bescheiden met het oog op het dan te beslechten geschil van belang zijn of kunnen zijn. Voor die vraag kan er geen betere indicatie zijn dan het vonnis van de rechtbank van 30 januari 2013 en de grieven die Milieudefensie heeft gesteld daartegen te willen formuleren..

Lekkages: geen bewijs van sabotage

22. Volgens de rechtbank werden de lekkages veroorzaakt door sabotage. Die voorlopige beslissing was cruciaal voor haar beoordeling in het exhibitie-incident. Ik zal daarom toch op de oorzaak van de lekkages ingaan en laten zien dat sabotage op basis van het beschikbare materiaal helemaal niet aannemelijk is.
23. Het bewijs van Shell dat de lekkages werden veroorzaakt door sabotage, leunt op twee bronnen: het videomateriaal van de lekkages en de rapporten van het *Joint Investigation Team*, de JIT-rapporten. Noch uit het beeldmateriaal, noch uit de JIT-rapporten kan worden afgeleid dat sabotage de oorzaak van de lekkage is geweest.
24. Zoals ik straks zal laten zien worden de belangrijkste conclusies van het JIT-rapport niet door het beeldmateriaal bevestigd. Het feitelijke bewijs voor sabotage is in zoverre uitsluitend op de JIT-rapporten gebaseerd.
25. JIT-rapporten kunnen niet volstaan om het bewijs van sabotage te leveren. Hun totstandkoming en status is zo controversieel, dat steeds aanvullend bewijs nodig is dat de conclusies in de JIT-rapporten ondersteunt.
26. In een rapport van 2003 constateerde de Shell-commissie die zich over de toekomst van Shell in Nigeria boog:

Communities claim that the Joint Investigation Process is corrupted as it attempts to declare the cause of oil spills as sabotage. They claim that community people who protest are allegedly compensated, and the faulty parts (“evidence”) are taken away and replaced. Communities also refer to independent investigation experts that have come to the conclusion that differs from those of the Joint Investigation Team.²⁴

²⁴ WAC Global Services, “Peace and security in the Niger Delta”, p. 17 – Productie C.7 (alle zaken).

27. Dat die klachten niet ongefundeerd waren, was toen al duidelijk.²⁵ Om overtuigend bewijs van sabotage te leveren, had Shell dan ook moet zorgen voor ondersteunend videomateriaal, hoge resolutiefoto's en monsters.
28. Maar dat is niet gebeurd. En zo concludeerde het Nationaal Contactpunt voor de Implementatie van OESO-richtlijnen tien jaar later, in 2013, dat RDS terughoudender zou moeten zijn in het constateren van sabotage; “*after all JIT-reports are not absolute*”.²⁶
29. En ook *Amnesty International* concludeerde na onderzoek van enige honderden JIT-rapporten dat het JIV-proces geloofwaardig noch betrouwbaar is; de door Shell verstrekte gegevens kunnen volgens Amnesty niet als basis dienen voor een zinvolle beoordeling van de oorzaak van een lekkage.²⁷
30. Daar komt in deze zaken nog bij dat eisers de conclusies en totstandkoming van de JIT-rapporten van meet af aan hebben betwist en dat ze niet door alle leden van het *Joint Investigation Team* zijn ondertekend.²⁸
31. Dat gezegd hebbende is het nuttig om te kijken welk bewijs er nu eigenlijk op beeld bestaat. Ik beperk me tot de beelden van Goi en Oruma, omdat die – anders dan in Ikot Ada Udo – iets zouden kunnen zeggen over de oorzaak van de lekkages aan de pipleidingen. In Ikot weten we immers alleen dat de lekkage werd gestopt door de afsluiters van de wellhead met een Engelse sleutel dicht te draaien. De rechtbank gaat ervan uit dat dat ook betekent dat ze met de Engelse sleutel zijn opengedraaid, maar dat wordt door Kuprewicz betwist.²⁹

²⁵ Zie o.m. dagvaarding, para. 16.1.1 (Dooh/alle zaken).

²⁶ “*The NCP is of the opinion that given the many years of discussion about the causes of oil spills in Nigeria, RDS management should have had a more cautious attitude about the percentage of oil spills caused by sabotage, after all JIT-reports are not absolute*”, National Contact Point, *Final Statement*, 31 maart 2013, p. 6 – Productie N.12 (alle zaken).

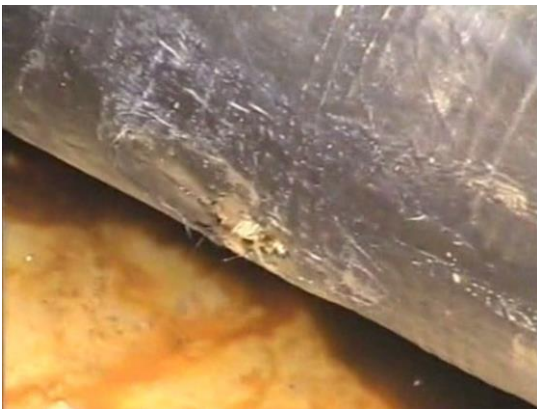
²⁷ “... *that the JIV process lacks credibility and cannot be relied upon to provide either accurate information on individual spills or as a basis for wider claims about the proportion of oil spilt due to sabotage, theft, corrosion or any other cause. Based on the available evidence corrosion and operational failures remain a significant cause of oil spills, and more oil has been spilt due to operational failures in the past six years than Shell has claimed. [...] This report also concludes that data from Shell operations in Nigeria – whether on the cause of oil spills or the nature of clean up – cannot be the basis for any meaningful assessment of the company’s impacts because of the serious flaws in how the data is compiled.*” Amnesty International, *Bad Investigation: Oil Spill Investigations in the Niger Delta* (2013), p. 7 – Productie O.3 (alle zaken).

²⁸ Zie o.m. dagvaarding, para. 16.1.2, 16.1.3 (Dooh/alle zaken).

²⁹ Expert Opinion Dr. Kuprewicz, pp. 6-7 – Productie M.2 (Akpan).

Oruma

32. Het videomateriaal van Oruma is door een lid van de gemeenschap gemaakt. Ander materiaal van de Oruma-lekkage bestaat volgens Shell niet, ook al zegt het JIT-rapport iets anders. Hier weerspreekt Shell dus zelf de inhoud van het JIT-rapport.
33. De rechtbank concludeerde dat er op de videobeelden van Oruma een “min of meer rond gat” zichtbaar is “dat meer duidt op sabotage met een boor of soortgelijk werktuig dan een corrosiegat”.³⁰ Het “min of meer ronde gat” ziet er op het beschikbare beeldmateriaal zo uit:³¹



34. Overigens kunnen zelfs wèl “min of meer ronde” gaten ook corrosiegaten zijn.³²
35. Dit is het volgens de rechtbank “op de videobeelden zichtbare boorgat”.³³ Wat we hier zien is de houten plug die werd aangebracht om de lekkage te stoppen, maar het gat zelf blijft aan het beeld onttrokken.
36. Ook de leden van het JIT team konden het gat niet zelf bekijken, omdat het al met de plug was gedicht op het moment dat zij de mogelijkheid kregen het lek te inspecteren.³⁴ Om die reden hebben de vertegenwoordigers van de Oruma gemeenschap, waaronder Efanga, het rapport niet willen ondertekenen: zij hebben de feitelijke waarnemingen die in het JIT-rapport staan helemaal niet gedaan.³⁵
37. Deugdelijk visueel bewijs van een boorgat had er bijvoorbeeld zo uit kunnen zien.³⁶

³⁰ Rechtbank Den Haag, 30 januari 2013, r.o. 4.24 (Oguru).

³¹ Video Oruma, productie A.11 [4:41-4:57].

³² Expert Opinion Dr. Kuprewicz, pp. 6-7 – Productie M.2 (alle zaken).

³³ Rechtbank Den Haag 30-01-2013, para. 4.22 (Oguru).

³⁴ Dagvaarding (Oguru c.s.), 279 e.v.

³⁵ Dagvaarding (Oguru c.s.), p. 263 e.v.;

³⁶ Productie L.12; http://www.shell.com/ng/content/dam/shell/static/nga/downloads/pdfs/oil-spills/621008_Imo_River_Well_37L_at_Owaza_14-February_pix-2011.pdf.



38. Het feit dat de coating rond het lekpunt beschadigd is, ondersteunt de stelling dat er sprake moet zijn van corrosie. Bij een lekkage als gevolg van een corrosiegat zou in eerste instantie de coating de olie nog tegenhouden, totdat de druk te groot wordt. De druk zorgt ervoor dat de coating rond het lek uiteindelijk losraakt van de pijp.
39. Ook de UT-metingen sluiten corrosie niet uit. Met UT-metingen kan het wanddikteverlies van een pijpleiding worden gemeten. Hoe precies je meet, hangt van de gebruikte sonde af. Maar dan moet er wel zorgvuldig en volgens de industriestandaards worden gemeten – en dat is hier niet gebeurd.³⁷
40. Wat je zou verwachten is een medewerker die zijn apparaat zorgvuldig kalibreert en zeer langzaam in steeds groter wordende cirkels rond het lek beweegt. Langzaam, want als je onzorgvuldig werkt is de kans dat je de nominale wanddikte meet groot. Zeker bij zogenaamde *pinhole*-corrosie, die zich in kleine puntjes manifesteert.
41. De UT-metingen bij Oruma zagen er als volgt uit.³⁸ De UT-metingen rond het lekpunt zelf zien we niet. De cijfers en de meetlocatie blijken uitsluitend uit het JIT-rapport.
42. Volgens Shell is de pijpleiding 1.25 tot 1.75 meter diep ingegraven,³⁹ maar uit de beelden blijkt dat de pijpleiding zeker op 1.75 meter diepte ligt, gemeten vanaf de bovenkant van de pijp.⁴⁰

³⁷ Expert Opinion Dr. Kuprewicz, pp. 3, 7 – Productie M.2 (alle zaken).

³⁸ Video Oruma, productie A.11 [10:16-10:29].

³⁹ (voorwaardelijke) Conclusie van Antwoord (Shell), para. 25.

⁴⁰ Video Oruma, productie A.11 [2:57-3:02, 4:15-4:22, 9:280-9:35].



43. We zien op de video ook gewoon de grassen nog staan in de buurt van het lek.



44. Er is geen visueel bewijs van de beweerdelijk omgewoelde grond. Als de video begint zijn de werkzaamheden al begonnen.⁴¹ We zien dat het de gravers grote moeite kost om hun spades in de grond te zetten.⁴² De grond is hard en compact. De olie borrelt omhoog, want – zoals elke deskundige beaamt – dat doet olie nu eenmaal.
45. Als de grond wèl was omgewoeld, zoals Shell stelt, moet het graven de saboteurs dus nog veel grotere moeite hebben gekost. Toch zouden zij in “relatief korte tijd” een gat hebben gegraven van zeker twee meter diep om aan de onderkant van de pijpleiding een gaatje te boren.⁴³
46. Ook de *intelligent pigrun*-resultaten die Shell heeft overgelegd sluiten corrosie niet uit. Om de resultaten te kunnen duiden willen deskundigen weten welke apparatuur is gebruikt, hoe die is gekalibreerd, welke detectiegrens er geldt en hoe de resultaten zich verhouden tot eerdere en latere tests.⁴⁴ Dat de standaardmethode van *Magnetic Flux Leakage* is gebruikt, zegt daarover nog niets. Dergelijke bescheiden uit het *Corrosion Management Framework* worden thans gevorderd

⁴¹ Video Oruma, productie A.11 [00:13-00:31].

⁴² Video Oruma, productie A.11 [00:00-01:00]

⁴³ Rechtbank Den Haag, 30 januari 2013, r.o. 4.25 (Oguru).

⁴⁴ O.m. Expert Opinion Dr. Kuprewicz [p.3] – Productie M.2 (alle zaken).

47. Shell heeft de resultaten overgelegd van een *pigrun* rond het gebied van 7,724 m. vanaf de *manifold*; de locatie waar volgens haar de lekkage plaatsvond. We weten niet hoe zij tot die plaatsbepaling is gekomen. Het JIT-rapport zelf spreekt van 7,7 km. Het bepalen van de juiste locatie aan de hand van enerzijds *pigging* resultaten en anderzijds GPS-gegevens is volgens deskundigen een notoir lastige zaak. Een pig loopt niet loodrecht en in feite gaat het om twee volstrekt verschillende meetsystemen. Een deskundige die ik sprak, zei tevreden te zijn als het lukte bij de exacte plaatsbepaling binnen een marge van 1% te blijven. Dat is hier 77 meter.
48. Wat uit de *pigrun* wèl blijkt, is dat de pijpleiding inderdaad gecorrodeerd was. Dat probleem was al eerder geconstateerd en daarom zou de pijpleiding ook worden vervangen.⁴⁵ Ook blijkt uit de *pigrun* resultaten in dat er vlakbij de plek van de lekkage al eerder een lekkage was opgetreden. Op ongeveer 15 meter van de beweerdelijke locatie werd een zogenaamde ‘repair sleeve’ geplaatst.⁴⁶
49. De rechtbank overwoog bij eindvonnis nog dat sabotage onwaarschijnlijk was, ook omdat was niet gebleken dat er zich aan de pijpleiding meer lekkages hadden voorgedaan. Mede met het oog op die overweging hebben Milieudefensie c.s. rechtmatig belang bij inzage in de meldingen van zogenaamde ***Significant Incidents*** en ***High Potential Incidents***, waaruit blijkt hoeveel lekkages en andere problemen zich aan dezelfde pijpleiding hebben voorgedaan.
50. Tot slot nog een opmerking over het door Shell bij memorie van antwoord overgelegde ***Accident Report***. Dat rapport is gedateerd op dezelfde dag als de Joint Investigation Visit. Uit het rapport blijkt dat de oorzaak van de lekkage nog moet worden vastgesteld. Dat strookt met de stelling van Oguru c.s. dat Shell destijds toezegde op basis van monsters nog de oorzaak van de lekkage nader te zullen onderzoeken.⁴⁷

Goi

51. De olielekkage in Goi zag er zo uit:⁴⁸

⁴⁵ Environmental Impact Assessment Kolo Creek, pp. 17, 25 – Productie M.3 (Oguru (geheel), Dooh (fragmenten)).

⁴⁶ Productie 11-12 (Shell).

⁴⁷ Dagvaarding, para. 265 (Oruma).

⁴⁸ Video Goi, productie 14 (Shell) [00:40-00:50].



52. Volgens Shell is de oliestroom dan al een dag gestopt, maar Kuprewicz en andere deskundigen houden dat niet voor mogelijk.⁴⁹
53. In de Engelse procedure hebben advocaten op basis van het *disclosed* materiaal geconstateerd dat effectieve isolatie van de Bomu-Bonny pijpleiding bij Goi en Bodo vanwege problemen met de afsluiters feitelijk onmogelijk was.⁵⁰
54. In Goi heeft de gelekte olie vlamgevat, met een enorme en verwoestende brand tot gevolg. Van aansteken bestaat geen bewijs. Het is algemeen bekend dat ruwe olie – zeker die van het lichtere soort dat je in Nigeria doorgaans vindt – zeer licht ontbrandbaar is. Dat is ook de reden dat mensen op de video hun mobiel moeten inleveren voordat ze het lek gaan inspecteren. Elke vonk kan de boel doen ontvlammen.
55. Er is opnieuw geen beeldmateriaal van de beweerdelijk omgewoelde grond. De beelden die er zijn, laten zien dat graven zeer moeizaam gaat.⁵¹ Beelden van de UT-meting zijn er evenmin.
56. De rechtbank concludeerde dat sprake is van een “zichtbare gekartelde zaagsnede”.⁵² Dit is het beeld dat we daarvan hebben.⁵³

⁴⁹ Expert Opinion Dr. Kuprewicz, p. 25 – Productie M.2 (alle zaken).

⁵⁰ *Reply to the Defence Bodo Community*, para. 52. – Productie O.2 (alle zaken).

⁵¹ Video Goi, productie 14 (Shell) [2: 45-2:50, 11:20-11:33].

⁵² Rechtbank Den Haag, 30 januari 2013, r.o. 4.23 (Dooh); zie ook Rechtbank Den Haag, 14 september 2011, r.o. 4.8 (Dooh).

⁵³ Video Goi, productie 14 (Shell) [09:08--10:00] [24:46-24:52].



57. Volgens Kuprewicz is een zaagsnede niet gekarteld, maar juist recht en ‘smooth-edged’’. Op een foto van een zaagsnede op de website van Shell ziet een zaagsnede er zo uit:⁵⁴



58. Hoe je, zoals Shell stelde en de rechtbank aannam, in haast met een metaalzaag een gekartelde opening creëert, laat zich raden. Volgens de rechtbank was het echter niet aannemelijk “dat een lasnaad gekarteld zou openbarsten”.⁵⁵

⁵⁴ http://s04.static-shell.com/content/dam/shell/static/nga/downloads/pdfs/oil-spills/809483_16in_NunRiver-Kolocreek_pipeline_at_Aguobiri_Photos.pdf. Deze foto is tevens ter zitting op 11-10-2012 getoond.

⁵⁵ Rechtbank Den Haag, 14 september 2011, r.o. 4.8 (Dooh); Bevestigd in Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, r.o. 4.21 e.v. (Dooh).

59. Ter vergelijking laat ik een voorbeeld van een lasbreuk aan een pijpleiding zien.⁵⁶



60. Inmiddels is in de Engelse procedure duidelijk geworden dat de lasnaden aan de pijpleiding in strijd met de industriestandaarden een convexe in plaats van concave vorm hebben.⁵⁷ Een lasbreuk was ook de oorzaak van de beide latere lekkages bij Bodo aan dezelfde pijpleiding. Een mechanische lasbreuk zou overigens bij een UT-meting geen wanddikteverlies opleveren.
61. Het videomateriaal is simpelweg te onduidelijk en incompleet om uitsluitend te kunnen geven over de oorzaak van de lekkage. Ondertussen weten we dat de pijpleiding volgens Shell zelf een bron was van gevaar.⁵⁸ De rechtbank zocht blijkens haar eindvonnis van Kuprewicz “concrete aanwijzingen dat er op de plek van de lekkage geen sprake was van een zaagsnede maar van een gescheurde lasnaad of een corrosiebreuk”, maar had precies de tegenovergestelde vraag aan Shell moeten stellen.

Nalatigheid

62. Wat had Shell moeten doen? Shell had de Trans Niger Pijpleiding bij Ogoniland moeten vervangen en omleggen; ze had de pijpleiding bij Oruma moeten vervangen; ze had de wellhead bij Ikot Ada Udo moeten abandonneren. Niet alle putten, zoals Oditah suggereert, maar wel die, die zij niet langer gebruikt, in een risicogebied; ze had daarvoor 47 jaar de tijd.

⁵⁶ Bron: U.S. Department of Transportation Pipeline and Hazardous Materials Safety Administration, <https://primis.phmsa.dot.gov/rd/mtgs/071812/KenLee.pdf>.

⁵⁷ *Reply to the Defence Bodo Community*, para. 18.8 – Productie O.2 (alle zaken).

⁵⁸ *Reply to the Defence Bodo Community* a.o. – Productie O.2 (alle zaken), para. 18.5: “*the remaining life of most of the SPDC Oil Trunklines is more or less non-existent or short, while some sections contain major risk and hazard. Outright replacement is necessary*”.

63. Als ze dat al niet kon of wilde doen, dan had ze tenminste de pijpleidingen moeten beschermen tegen lekkages door kathodische bescherming tegen corrosie. Door geregelde pigruns in *elke* actieve pijpleiding en door probleemstukken preventief te repareren. Door de pijpleiding op afstand te monitoren. Dan had ze moeten zorgen dat de schade bij lekkages beperkt bleef, door een systeem te hanteren dat de druk meet en dat óók lekkages van enige tienduizenden liters kan signaleren. Door goed functionerende afsluiters die op afstand worden bediend, zodat de pijp daarna onmiddellijk kan worden geïsoleerd. Dan had ze de wellhead ontmanteld of op een of andere manier beveiligd door een muur of een hek. Dan had ze haar surveillancesysteem zo vormgegeven dat ze meldingen van lekkages niet eerst opnieuw hoefde te verifiëren en hield ze bovendien betrouwbare documentatie bij van hun opleiding, uitrusting en werkzaamheden. Dan had zij haar werknemers die het lek moesten ontbloten niet zonder beschermende kleding laten werken in de olie. Dan had zij na een lekkage een *Environmental Evaluation Report* gemaakt om te beoordelen hoe ernstig de vervuiling was, hoe die zich had verspreid in grond en water en wat de beste saneringsmethode zou zijn. De moedervernootschap had erop moeten toezien dat SPDC door dit soort maatregelen de risico's van grootschalige milieuvervuiling beperkte.
64. Inmiddels heeft Shell een deel van deze dingen wèl gedaan. Ze heeft de pijpleiding bij Oruma vervangen, ze heeft de wellhead afgesloten, ze gaat de pijpleiding bij Goi vervangen en omleggen. Die voorziet ze bovendien van technologie die lekkages en sabotage snel kan detecteren.⁵⁹ He kàn dus wel. Maar ze had al die dingen veel eerder moeten doen, want het risico had ze allang onderkend.
65. Haar zorgplicht om dergelijke maatregelen te nemen tegen lekkages, is algemeen. Die zorgplicht wordt niet opeens minder bij lekkages die werden veroorzaakt door sabotage. Het gaat erom dat een operator haar pijpleidingen beschermt en ervoor zorgt dat er bij problemen snel kan worden opgetreden.
66. Dat strookt ook met de opvatting van de rechtbank en dat van Justice Akenhead in de Bodo-zaak over mogelijke aansprakelijkheid bij sabotage.⁶⁰ Zowel de Oil Pipelines Act als de *common law* rechtspraak maken duidelijk dat een operator *niet*

⁵⁹ Zie hierboven bij

⁶⁰

aansprakelijk is voor schade uit lekkages die werd veroorzaakt door een derde, mits ze bij het laten ontstaan van die lekkages niet nalatig is geweest.

67. De rechtbank kwam tot die conclusie onder verwijzing naar de zaak van Otoko tegen Shell.⁶¹ Daarin overwoog de Court of Appeal nadrukkelijk dat het bevrijdend verweer van sabotage alléén opgaat als maatregelen daartegen niet zouden hebben geholpen.⁶²
68. Justice Akenhead bereikte zijn conclusie op basis van de Oil Pipelines Act, die aan operators de verplichting oplegt om hun pijpleidingen “*to protect, maintain and repair*”⁶³ Justice Akenheads woorden laten aan duidelijkheid niets te wensen over: de verplichting om een pijpleiding te beschermen is een algemene afscherm- en zorgplicht.⁶⁴ Als voorbeelden van de invulling van die zorgplicht noemt hij dat een operator de politie inseint, dat hij de coating aan de pijpleiding vernieuwt en dat hij updated anti sabotage-apparatuur installeert die vroegtijdig waarschuwt als er met de pijpleiding wordt gesold. De enige maatregel die hij bij voorbaat uitsluit is die van politiebewaking of (para)militaire verdediging.
69. De Oil Pipelines Act herbergt in artikel 11 (5) (b) en (c) dus verschillende juridische regimes: risico-aansprakelijkheid en *statutory negligence*.⁶⁵ Het bevrijdend verweer van sabotage speelt alleen bij de risico-aansprakelijkheid een rol. Om risico-aansprakelijkheid te vermijden, zal Shell moeten bewijzen dat er sabotage is gepleegd. Om Shell bij sabotage aansprakelijk te houden voor schending van haar zorgplicht uit hoofde van artikel 11(5)(b), zullen in beginsel Milieudefensie c.s. moeten bewijzen dat Shell nalatig is geweest.
70. Het verschil tussen een *common law* tort en een *statutory tort* is dat in het laatste geval de wetgever al heeft bepaald tussen welke partijen er *proximity* bestaat, dat de schade voorzienbaar is en dat het opleggen van een zorgplicht *fair just en reasonable* is. Dat

⁶¹ Rechtbank Den Haag, 30 januari 2013, r.o. 4.46 (Dooh); Rechtbank Den Haag, 30 januari 2013, r.o. 4.48 (Oguru); Rechtbank Den Haag, 30 januari 2013, r.o. 4.41 (Akpan).

⁶² “Where the proximate cause is the malicious act of a third person against which precautions would have been inoperative, the defendant is not liable”. En: “The owner of a dangerous thing is not liable if the thing has escaped through an independent act of third party and there has been no negligence on his part “. Court of Appeal Port Harcourt, *SPDC v. Chief Graham Otoko and Five Others*, 25 mei 1990, *Nigerian Weekly Law Reports*, p. 725 – Productie J.5 (alle zaken).

⁶³ Artikel 11(5)(c) Oil pipelines Act.

⁶⁴ “Short of a policing or military or paramilitary defense of the pipelines, it is my judgment that the protection requirement within section 11 sub 5b involves a general shielding and caring obligation. [...] Other examples may also fall within the maintenance requirement such as renewing protective coatings on the pipeline or, with the advent of new and reliable technology, the provision of updated anti temper equipment which might give early and actionable warning of tempering with the pipeline.” Akenhead J in UK High Court of Justice, *Bodo Community and Others v. SPDC*, 20 juni 2014, paras. 92-94 – Productie O.1 (alle zaken).

⁶⁵ Zie ook Legal Opinion prof. Duruigbo, paras. 79-83. – Productie M.1 (alle zaken)

er een zorgplicht is, staat dan vast. Bij een *common law* tort moet dat eerst op basis van de zogenaamde Caparo-test worden beoordeeld.⁶⁶

71. De Oil Pipelines Act dekt een deel van de vordering van Milieudefensie c.s., maar niet alles. De Oil Pipelines Act biedt alleen een voorziening voor zover het gaat om compensatie van schade. Milieudefensie c.s. vorderen vooralsnog alleen een verklaring voor recht; daarnaast vorderen zij dat Shell maatregelen neemt om verdere schade te voorkomen. Zij baseren hun vorderingen daarom op beide type *torts*.
72. Dat kan heel goed, óók volgens het vonnis van Justice Akenhead. De vraag die daar voorlag, was of eisers op beide grondslagen aanspraak konden maken op schadevergoeding.⁶⁷ Zijn antwoord ziet nadrukkelijk uitsluitend op dat aspect.⁶⁸ Voor verschillende typen *torts* kunnen verschillende typen van schade worden opgevoerd. Dat is in deze zaak nog helemaal niet aan de hand.
73. De rechtbank beoordeelde de voorzienbaarheid van sabotage en vond het van belang of daarop rond Goi, Oruma of Ikot Ada Udo een verhoogd risico bestond. Mede met het oog op die overweging vorderen Milieudefensie c.s. inzage in de ***geregistreeerde meldingen van significant and high potential incidents***. Dat er een hoog risico was op lekkages in het algemeen, maar bij Goi, Oruma en Ikot Ada Udo in het bijzonder, blijkt verder uit de gevorderde ***HSE-cases*** en de relevante delen van het ***Hazards and Effects Register***. Uit die documenten en het ***HSE-plan*** blijkt ook hoe SPDC invulling gaf aan haar zorgplicht, om dat voorziene risico te ondervangen. Het HSE-plan is direct gekoppeld aan budget en toont mede ook de wetenschap van de moedervenootschap.
74. Om aan te tonen dat SPDC haar zorgplicht schond, vorderen Milieudefensie onder meer bescheiden uit het ***Leak Detection System***. De rechtbank vond het van belang dat SPDC dagelijks bewakingstroepen liet surveilleren, helikoptertoezicht hield en een systeem hanteerde dat de druk meet.⁶⁹ Uit de informatie die Shell in de Bodo-procedure heeft moeten openbaren, blijkt dat al deze maatregelen ondermaats waren.

⁶⁶ Caparo Industries plc v Dickman [1990] UKHL 2.

⁶⁷ "Issue 1: Whether the claimants are only entitled to claim compensation in respect of the 2008 spills under the OPA". UK High Court of Justice, Bodo Community and Others v. SPDC, 20 juni 2014, para. 9 – Productie O.1 (alle zaken).

⁶⁸ UK High Court of Justice, Bodo Community and Others v. SPDC, 20 juni 2014, para. 62 e.v. – Productie O.1 (alle zaken).

⁶⁹ Rechtbank Den Haag 30-01-2013, r.o. 4.49 (Dooh); r.o. 4.51 (Oguru).

75. Shell heeft daarop gesteld dat zij wel degelijk een drukmeetsysteem had, namelijk ‘lagedrukbeveiliging’. In hoeverre dit werkelijk als Leak Detection System kan functioneren, hangt van de afstelling af. Dat moet uit de gevorderde bescheiden blijken. Duidelijk is in elk geval dat het niet als een Leak Detection System heeft gefunctioneerd. In zowel Goi als Oruma heeft Shell gesteld dat zij de oliestroom handmatig heeft stopgezet. In Goi bleef de olie nog met kracht uit de pijpleiding spuiten. In Oruma werd de oliestroom volgens Shell gestopt op 29 juni, dus drie dagen na het ontstaan van de lekkages en nadat er – door het systeem onopgemerkt – volgens Shells cijfers 64.000 liter olie was gelekt.⁷⁰

Moedervennootschap

76. De onmogelijkheid van SPDC om adequaat op de lekkages te reageren is indicatief voor de problemen waar zij in Nigeria mee kampt. De moedervennootschap was van die problemen op de hoogte. De moedervennootschap wist zowel van de aanzienlijke risico’s als gevolg van de verouderde en gecorrodeerde pijpleidingen, als van de sabotageproblemen waar SPDC mee kampte. Dat is nou precies het soort risico’s dat een aanzienlijke impact kan hebben op de bedrijfsvoering en waar ze zich dus mee bemoeit.
77. De moedervennootschap wordt juist verweten dat ze de Nigerdelta langzaam zag veranderen in een steeds grotere olievlek, en er niet voor zorgde dat SPDC daar wat aan deed. Het zou bij uitstek bij de rol van de moedervennootschap horen, dat zij samen met SPDC had gezorgd voor een impuls in bijvoorbeeld het vervangen van pijpleidingen, het updaten van apparatuur en het onderwijzen en uitrusten van plaatselijk personeel.
78. Het gaat er dus niet om of de moedervennootschap wist of de pijpleiding bij Oruma ter hoogte van 7,724 meter van de *manifold* méér of minder gecorrodeerd was, of welk soort plug SPDC ter afsluiting van de wellhead moest gebruiken: het gaat erom dat zij de middelen, kennis en kunde had om te bewerkstelligen dat SPDC het risico op milieuvervuiling door lekkages zou verminderen. En dat SPDC erop vertrouwde dat de moedervennootschap die zo nodig zou inzetten.
79. De zorgplicht van een moedervennootschap moet naar *common law* niet anders worden behandeld dan enige andere zorgplicht, dus op basis van de zogenaamde

⁷⁰ (voorwaardelijke) Conclusie van Antwoord (Shell), para. 36.

Caparo-test.⁷¹ De rechtbank concludeerde bij eindvonnis dat het naar Nigeriaans recht inderdaad mogelijk is dat een moedervernootschap aansprakelijk is uit sabotage. Daarbij baseerde de rechtbank zich op de zaak van *Chandler v Cape*.⁷² Die zaak vormt, zoals Tomlinson LJ het verwoordt in *Thompson v The Renwick Group*,⁷³ een “*particularly relevant recent example*”, maar niet noodzakelijkerwijs het enige. De *Chandler*-zaak zelf is weer gebaseerd op de zaak van *Smith v Littlewoods*.⁷⁴

80. Mogelijke aansprakelijkheid van de moedervernootschap is dus niet op één zaak, maar op een *common law* rechtsbeginsel gebaseerd. Al naar gelang de *feiten* is dat rechtsbeginsel van toepassing. Ook Tomlinson stelt in *The Renwick Group* dat dat de *Chandler* beslissing laat zien hoe *Caparo* tot aansprakelijkheid van een moedervernootschap *kan* leiden, maar dat de genoemde omstandigheden niet uitputtend zijn.⁷⁵ We mogen ook niet vergeten dat Arden LJ tot haar opsomming van relevante omstandigheden nadat partijen die informatie eerst hadden moeten verstrekken. Volgens Tomlinson gaat het er uiteindelijk om, of komt vast te staan dat de moedervernootschap *better placed* was om in een bepaalde situatie in te grijpen.
81. Dat dat het geval was, willen milieudefensie c.s. onder meer onderbouwen met de relevante delen van de ***Taakstellingen en Business rapportages***, de ***Audit Reports***, de ***Assurance Letters*** en ***Notulen***.
82. Als u op grond van de omstandigheden van deze zaak beoordeelt of er op de moedervernootschap een zorgplicht rustte en, zo ja, of zij die heeft geschonden, dan doet u precies wat een Engelse of Nigeriaanse rechter ook zou doen. U rekt dan het recht niet op, maar past het toe.
83. Alleen al daarom kan het betoog van Shell dat de vordering jegens de moedervernootschap ‘evident kansloos’ zou zijn, niet slagen. In dat verband zij er ook nog maar eens op gewezen dat de Rechtbank Den Haag bij eindvonnis vaststelde dat een moedervernootschap naar Nigeriaans recht aansprakelijk kan zijn uit nalatigheid. Het standpunt dat de vordering van Milieudefensie c.s. jegens de moedervernootschap

⁷¹ *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] UKHL 2. Zie ook Memorie van Grieven MD fase 1, para 2.7.

⁷² *Chandler v Cape* [2012] EWCA Civ 525.

⁷³ *Thompson v The Renwick Group* [2014] EWCA Civ 635.

⁷⁴ [1987] UKHL 18

⁷⁵ “*It is clear that Arden LJ intended this formulation to be descriptive of circumstances in which a duty might be imposed rather than exhaustive of the circumstances in which a duty may be imposed. I respectfully adopt the formulation of the editors of Clerk & Lindsell on Torts, 20th Edition, 3rd Supplement at paragraph 13-04: “The factors set out in (1)-(4), however, do not exhaust the possibilities and the case merely illustrated the way in which the requirements of Caparo v Dickman may be satisfied between the parent company, and the employee of a subsidiary.”* *Thompson v The Renwick Group* [2014] EWCA Civ 635.

evident kansloos zou zijn, wordt overigens ook niet ondersteund door de tien volle pagina's die Shell nodig heeft om haar betoog dat punt te maken.

De Nederlandse rechter is bevoegd

84. Het gaat in de zaken van de moedervernootschap en SPDC om hetzelfde feitelijk kader; dezelfde gebeurtenissen, dezelfde schade en dezelfde juridische grondslag. De zorgplicht van de moedervernootschap hangt nauw met het feitelijk handelen van SPDC samen. De situatie dus, waarvoor artikel 7 Rv is bedoeld. Gezamenlijke behandeling is doelmatig: het risico bestaat dat anders de Nederlandse en de Nigeriaanse rechter verschillende conclusies bereiken over de feiten – bijvoorbeeld de oorzaak van de lekkage of de reactie daarop – en rechtsgrondslagen. Gezamenlijke behandeling is bovendien doelmatig uit oogpunt van proceseconomie. Zeker in dit stadium van de procedure kan van eisers moeilijk worden gevergd dat zij in Nigeria een nieuwe procedure beginnen, met nieuwe advocaten, die opnieuw 10 tot 20 jaar kan duren.
85. In het Nederlands recht moet bij de bevoegdheid moet worden uitgegaan van het tijdstip van aanhangig maken het geding (het beginsel van *perpetuatio jurisdictionis*).⁷⁶ Het eventueel tijdens de procedure wegvallen van een partij mag dus geen verschil maken.

Bescheiden

86. Ik maak nog een aantal losse opmerkingen over de gevorderde bescheiden en cassatie.
87. Natuurlijk is het mogelijk dat uw hof straks één partij wel, en een andere geen inzage verschaft. Ik zie daar het probleem niet van in. Het gaat niet om een strafvorderlijk dwangmiddel of onrechtmatig verkregen bewijs: het gaat om bescheiden waarvan mogelijk wordt geoordeeld dat ze in het licht van de waarheidsvinding en bewijsgaring van belang zijn.
88. Dat er in de ene zaak mogelijk wél een recht op inzage bestaat, en in een andere niet, betekent nog niet dat de beschikbare informatie in die zaak geen rol zou mogen spelen.
89. Uw Hof bepaalt de voorwaarden waaronder al dan niet inzage of afschrift wordt verschaft. Als dat nodig is, biedt artikel 843a Rv voldoende mogelijkheden om de belangen van Shell te beschermen. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat de stukken niet worden verstrekt, maar uitsluitend ter inzage gelegd; dat ten aanzien van bepaalde

⁷⁶ Memorie van Antwoord MD fase 1, para. 27-28.

bescheiden aan partijen een geheimhoudingsverplichting wordt opgelegd;⁷⁷ of dat alleen hun advocaat kennis neemt van stukken die een bedrijfsvertrouwelijk karakter hebben. Maar het kan volgens mij niet zo zijn dat een partij die rechtmatig belang heeft bij inzage in bescheiden, dat recht wordt onthouden omdat zijn advocaat ook andere partijen bijstaat.

90. Zonder nadere toelichting valt overigens niet goed te begrijpen wat het door Shell gestelde bedrijfsvertrouwelijke karakter van bescheiden is.⁷⁸ Voor vertrouwelijke gegevens in de *taakstellingen*, *assurance letters*, een *audit report* of *notulen* kunnen ook andere maatregelen worden getroffen die minder ver strekken dan het afwijzen van de hele vordering.
91. Van bijvoorbeeld de gevorderde *audit reports* en de *HSE-case* of gegevens uit het *Hazards and Effects Register* stelt Shell dat ze niet bestaan op de door milieudefensie voorgestelde wijze. Die termen zijn aan Shells eigen documenten ontleend. De gegevens zijn er kennelijk wel en dat is natuurlijk waar het Milieudefensie om gaat.
92. Shell voert op verschillende momenten aan dat bij inzage in bepaalde bescheiden geen rechtmatig belang bestaat, omdat die bescheiden geen uitsluitel zouden geven over de specifieke situatie rond Goi, Oruma en Ikot Ada Udo, of de specifieke wetenschap daarvan door de moederverenootschap. Voor aansprakelijkheid van de moederverenootschap is niet doorslaggevend of zij van de specifieke lekkages bij Goi, Oruma, Ikot op de hoogte was. Met dat enkele feit ontstaat er voor haar naar Nigeriaans recht immers nog geen zorgplicht – of kan in elk geval niet worden geconcludeerd dat zij een zorgplicht zou hebben geschonden. Het gaat erom dat zij weet had van het een *structurele* probleem bij SPDC en dat zij in de positie was om daarvoor een oplossing te bieden. Dat blijkt onder meer uit de meldingen van *Significant Incidents* en *High Potential Incidents*, de *audit reports* en *notulen*.
93. De gevorderde bescheiden met betrekking tot dat systematisch falen van SPDC hebben betrekking op de periode van 3 jaar voorafgaand aan de litigieuze lekkages. Dat is genoeg om het structurele karakter van de tekortkomingen en de kennis daarvan van de moederverenootschap te bewijzen.
94. Van een aantal bescheiden stelt Shell dat ze niet of niet langer bestaan. De *surveillancecontracten* bijvoorbeeld, de *helicopter logs* en de *accident reports* met

⁷⁷ Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 28 september 2004, JOR 2005/23.

⁷⁸ [MvA Sfase 1 Shell, para 200 e.v.]

betrekking tot de lekkages. Dat is opvallend, want het gaat om documenten die cruciale stellingen van Shell zouden moeten ondersteunen, in een proces dat niet lang na de lekkages is begonnen. Misschien dat een fikse zoek-actie toch nog een bonnetje boven tafel krijgt.

Geen tussentijds cassatieberoep

95. Milieudefensie c.s. vraagt u om geen tussentijdse cassatie toe te staan.
96. Deze zaken lopen al sinds 2008. Milieudefensie en de Nigeriaanse eisers streven ernaar de hoofdvragen in deze zaak zo snel mogelijk in volle omvang aan uw Hof te kunnen voorleggen.
97. Twee van de drie lekkages waarover het gaat, vonden inmiddels al meer dan tien jaar geleden plaats. Het wordt steeds ingewikkelder om de feitelijke vragen adequaat te kunnen behandelen, bijvoorbeeld door het horen van eventuele getuigen. En nu al heeft Shell allerlei documenten niet meer in bezit die zij ooit wel gehad moet hebben.
98. Eén eiser is al tijdens de procedure overleden. Dat is voor Shell aanleiding geweest om nu de ontvankelijkheid van zijn zoon te betwisten. Op grond van de gang van zaken tot dusver is het zacht gezegd niet aannemelijk dat Shell met haar verzoek om tussentijdse cassatie open te stellen, werkelijk beoogt om nog meer processuele complicaties te vermijden.
99. Ik zie overigens niet goed in hoe tussentijdse cassatie tegen ontvankelijkheid van Milieudefensie de proceseconomie zou dienen, of hoe de Hoge Raad een oordeel zou kunnen vellen over de Nigeriaans-materieelrechtelijke vraag of de Nigeriaanse eisers vorderingsgerechtigd zijn. De proceseconomie is er juist bij gebaat dat de zaak zonder verdere fragmentatie, vertraging en processuele complicaties kan worden voortgezet en beslist.
100. Eventuele problemen in verband met de vertrouwelijkheid kunnen binnen het kader van art. 843a Rv worden ondervangen. Daarom nopen ook volgens de Hoge Raad zelfs mogelijk verstrekkende en onomkeerbare gevolgen bij toewijzing van de vordering, niet tot een uitzondering op het beginsel van uitsluiting van tussentijds beroep.⁷⁹

⁷⁹ ECLI:NL:HR:2012:BW3264, r.o. 3.6.2: Aldus zijn voldoende waarborgen aanwezig voor de wederpartij dat de rechter de door die partij aangevoerde gewichtige redenen die zich verzetten tegen (onvoorwaardelijke

101. Het belang van eisers bij voortbehandeling van hun zaak moet dat zwaarder wegen.

toewijzing van) inzage, afgifte of uittreksel, in de afweging zal betrekken bij de beoordeling van de incidentele vordering.””