

Rechtbank 's-Gravenhage
Rolnummers: 2009/0579, 2009/1580,
2009/1581, 2010/1665, 2010/1677
Datum: 11 oktober 2012

PLEITNOTA

van Mr J. de Bie Leuveling Tjeenk

i n z a k e:

1. de rechtspersoon naar het recht van het Verenigd Koninkrijk
ROYAL DUTCH SHELL PLC,
met "registered address" te Londen, kantoorhoudende te 's-
Gravenhage,
2. de rechtspersoon naar het recht van de Federale Republiek Nigeria
**THE SHELL PETROLEUM DEVELOPMENT COMPANY OF
NIGERIA LTD.,**
gevestigd te Port Harcourt, Rivers State, Federale Republiek Nigeria
3. de naamloze vennootschap **SHELL PETROLEUM N.V.,**
gevestigd te Den Haag,
4. de rechtspersoon naar het recht van het Verenigd Koninkrijk
THE 'SHELL' TRANSPORT AND TRADING COMPANY LTD.,
gevestigd te Londen,

gedaagden,

advocaat: Mr J. de Bie Leuveling Tjeenk

t e g e n:

1. **FIDELIS AYORO OGURU,**
wonende te Oruma, Bayelsa State, Federale Republiek Nigeria,
2. **ALALI EFANGA,**
wonende te Oruma, Bayelsa State, Federale Republiek Nigeria
3. **BARIZAA MANSON TETE DOOH,**
wonende te Goi, Rivers State, Federale Republiek Nigeria
4. **FRIDAY A. AKPAN,**
wonende te Ikot Ada Udo, Akwa Ibom State, Federale Republiek
Nigeria,
5. de vereniging met rechtspersoonlijkheid
VERENIGING MILIEUDEFENSIE,

gevestigd te Amsterdam,

eisers,

behandelende advocaten: Mr L. Zegveld en Mr Ch. Samkalden

procesadvocaat: Mr W.P. den Hertog

Edelachtbaar college!

Inleiding

1. In de aanloop naar het pleidooi van vandaag heeft Milieudefensie uitgebreid campagne gevoerd. Milieudefensie wil dat Shell de olievervuiling in de Niger Delta opruimt.
2. De uitdagingen in de Niger Delta zijn moeilijk te overschatten. In de eerste plaats is het er bijzonder onveilig. Nog in maart van dit jaar is een team van milieudeskundigen aangevallen, terwijl ze op pad waren voor een project van SPDC. Er waren twee doden en vier gewonden te betreuren. Net als in grote delen van Nigeria kent het gebied veel armoede. Er is gebrek aan voorzieningen zoals gezondheidszorg. Verder vindt er op grote schaal diefstal van ruwe olie plaats. Naar schatting zo'n 150.000 vaten per dag. Bij het aftappen en vervoeren van gestolen ruwe olie gaat veel mis. Zo is er onlangs nog een hele olietanker met illegaal afgetapte olie in vlammen opgegaan, met alle gevolgen van dien, ook voor het milieu. Illegale raffinage is wijdverspreid. Bij deze primitieve raffinage verdwijnt een groot deel van de ruwe olie rechtstreeks in het milieu. Verder worden soms opzettelijk lekkages veroorzaakt, bijvoorbeeld met het doel om schadevergoeding te ontvangen of om betaalde opruimwerkzaamheden te kunnen verrichten. Tenslotte zijn er de 'operational spills' van de oliemaatschappijen, waaronder die van SPDC.
3. Milieudefensie lijkt te denken dat deze rechtszaak deze problemen op zou lossen. Dat is niet het geval. De oplossing van de problemen in de Niger Delta ligt niet in het voeren van polariserende campagnes of rechtszaken. De oplossing ligt in samenwerking tussen overheden, lokale bevolking en oliemaatschappijen. Die samenwerking moet gericht zijn op het bestrijden van de criminaliteit en armoede, het zo veel mogelijk voorkomen van verdere vervuiling en het verlenen onmiddellijke toegang in geval van een lekkage, en op het schoonmaken van het gebied. Het rapport van UNEP beoogt in dat kader een bijdrage te leveren aan reconciliatie in de Niger Delta. Shell heeft het rapport dan ook van meet af aan gesteund.

4. SPDC zelf doet wat een verantwoordelijke operator moet doen in dergelijke omstandigheden. Zij investeert in onderhoud en vervanging van pijpleidingen. Zo is in 2010 de Nembe Creek Trunkline vervangen voor meer dan een miljard US dollar. SPDC werkt samen met NGOs die een constructieve bijdrage leveren. Een voorbeeld is IUCN, een koepelorganisatie waar veel milieuorganisaties lid van zijn en die SPDC advies geeft over milieutechnische vraagstukken met betrekking tot herstel van de biodiversiteit in de Nigerdelta. De hoeveelheid olie die is gelekt bij 'operational spills' van SPDC is de laatste jaren aanzienlijk gedaald. SPDC loopt voorop in transparantie over lekkages, waarbij de rapporten van de Joint Investigation Teams sinds januari 2011 op internet worden gezet. Lekkages uit pijpleidingen en andere installaties van SPDC worden door SPDC opgeruimd zodra de lokale bevolking toegang verleent. Soms wordt toegang echter geweigerd, waardoor de schade aan het milieu alleen maar groter wordt.
5. SPDC ruimt lekkages zelfs op als het om sabotage gaat, hoewel er dan geen verplichting tot opruiming is. Van SPDC kan echter niet verwacht worden dat zij alle olievervuiling in de hele Nigerdelta opruimt. Voor bijvoorbeeld de olieverontreiniging als gevolg van illegale raffinage in Ogoniland moet een andere oplossing worden gevonden. Het UNEP rapport heeft voorgesteld daarvoor een fonds op te richten van tenminste één miljard US dollar. Shell steunt dit voorstel en is ten volle bereid haar aandeel in dat fonds te leveren.
6. In deze rechtszaken gaat om drie concrete lekkages bij Oruma, Goi en Ikot Ada Udo. Alle drie lekkages zijn veroorzaakt door sabotage. Bij alle drie lekkages heeft de lokale bevolking de toegang belemmerd. Alle drie lekkages zijn door SPDC opgeruimd, waarop door de autoriteiten is afgetekend. Over deze drie lekkages zal ik het vandaag hebben.

Juridisch kader

7. Milieudefensie c.s. is deze procedures begonnen met de stelling dat de lekkages zouden zijn veroorzaakt door gebrekkig onderhoud,

meer in het bijzonder corrosie, van de pijpleidingen en de wellhead waaruit de olie is gelekt.¹

8. De Rechtbank heeft in het exhibitie-incident voorlopig geoordeeld dat de lekkages door sabotage zijn veroorzaakt, omdat Milieudefensie c.s. de stelling van Shell dat de lekkages door sabotage zijn veroorzaakt, onvoldoende gemotiveerd heeft weersproken.² Milieudefensie c.s. heeft nagelaten bij repliek nog enig stuk over te leggen, of zelfs maar een nadere stelling te betrekken, over het beweerde gebrekkige onderhoud als oorzaak van de lekkage. Milieudefensie c.s. heeft dus niet voldaan aan de instructie van de Rechtbank om bij repliek "alsnog concreet onderbouwd" te stellen "welke concrete verwijten" zij SPDC naar Nigeriaans recht kan maken over het ontstaan van de olie lekkages. Dat wordt niet anders doordat Milieudefensie c.s. bij repliek voor de vorm haar stelling dat sprake is van gebrekkig onderhoud, handhaaft.³ Al het bewijsmateriaal dat voorhanden is, wijst erop dat de lekkages zijn veroorzaakt door sabotage. De vorderingen liggen hiermee voor afwijzing gereed.
9. Kennelijk omdat Milieudefensie c.s. zich wel bewust is dat zij haar zaak voor zover gebaseerd op gebrekkig onderhoud niet rond kan krijgen, gaat Milieudefensie c.s. voor het anker liggen dat SPDC aansprakelijk zou zijn op grond van 'negligence' vanwege het niet voorkomen van sabotage. Dit betoog vindt geen steun in het Nigeriaanse recht. Prof. Oditah zegt:⁴

"Under Nigerian law, there is in general no tortious duty of care to prevent sabotage. Quite the reverse. Sabotage is recognized as a complete defence against the civil liability of an operator for pollution."

¹ Dv Dooh c.s., nr. 94 e.v. en nr. 291, Dv Oguru c.s. nr. 84 e.v. en nr. 276, nr. 291, Dv Akpan c.s., nr. 108 e.v. en nr. 303.

² Vonnissen in het exhibitie-incident van 14 september 2011, rov. 4.9 (Dooh c.s.), rov. 4.10 (Oguru c.s.), rov 4.8 (Akpan c.s.)

³ Zie CvR Dooh c.s., nr. 468; CvR Akpan c.s., nr. 427 en CvR Oguru c.s., nr. 436.

⁴ Zie Third Supplementary Opinion Prof. Oditah in de zaak Dooh c.s., nr. 13 (productie 33 bij CvD). Idem in de zaken Oguru c.s. (productie 23 bij CvD) en Akpan c.s. (productie 34 bij CvD).

10. Prof. Oditah constateert dat er in de Nigeriaanse rechtspraak geen precedent is waarin een 'operator' aansprakelijk is bevonden voor het niet voorkomen van sabotage:⁵

"I am not aware of any reported Nigerian decision where the court found that, although the operator proved that there was indeed sabotage, the operator was nevertheless held liable on the basis that it failed to take reasonable precautionary measures to prevent the offending act."

11. Milieudefensie c.s. heeft bij repliek een opinie overgelegd van Prof. Ladan en Dr Ako en ter gelegenheid van deze pleidooien een opinie van Prof. Duruigbo. Prof. Ladan en Dr Ako bevestigen dat sabotage een geldig verweer is onder Nigeriaans recht:⁶

"Sabotage is a defense under Nigerian Law."

Ook Prof. Duruigbo erkent volmondig dat SPDC niet aansprakelijk is in geval van sabotage:⁷

"That sabotage is an accepted defense under Nigerian law for, among other things, oil spills from pipelines and other installations is without question."

12. Geen van de door Milieudefensie c.s. geraadpleegde Nigeriaanse juristen heeft een uitspraak kunnen noemen, waarin aansprakelijkheid werd aangenomen vanwege het niet voorkomen van sabotage. Het blijkt ook niet uit de twee zaken die Prof. Duruigbo in dit verband nog noemt:⁸ *SPDC v. Otoko* en *SPDC v. Edamkue*. In de eerste zaak werd geoordeeld dat SPDC niet aansprakelijk was, omdat de lekkage was veroorzaakt door sabotage. In de tweede zaak kwam niet vast te staan dat sprake was van sabotage en was

⁵ Zie Third Supplementary Opinion Prof. Oditah nr. 22 in de zaak *Dooh c.s.*, (productie 33 bij CvD). Idem in de zaken *Oguru c.s.* (productie 23 bij CvD) en *Akpan c.s.* (productie 34 bij CvD)

⁶ Legal Opinion Prof. M.T. Ladan and Dr. R.T. Ako, nr. 37 (productie L-1 *Dooh c.s./Oguru c.s./Akpan c.s.*)

⁷ Productie M-1 *Dooh c.s./Oguru c.s./Akpan c.s.*, nr. 48.

⁸ Productie M-1 *Dooh c.s./Oguru c.s./Akpan c.s.*, nr. 48.

SPDC dus wél aansprakelijk. In geen van beide zaken werd SPDC aansprakelijk bevonden wegens het niet voorkomen van sabotage.

13. Toch concludeert Prof. Duruigbo op grond van de zaak *SPDC v. Edamkue* tot het bestaan van een "implied imposition of a duty to prevent sabotage". Hij baseert die conclusie op de vaststelling dat SPDC in die zaak niet kon bewijzen dat sprake was van sabotage.⁹
14. Deze redenering snijdt geen hout. In *Edamkue* is helemaal niet geoordeeld dat SPDC een zorgplicht had om sabotage te voorkomen. In *Edamkue* kwam eenvoudigweg niet vast te staan dat sprake was van sabotage. Het sabotage verweer van SPDC werd tegengesproken door politieagenten, die ter plaatse waren geweest en die in de feitelijke instantie als getuigen waren gehoord.¹⁰ In de onderhavige zaken is juist het omgekeerde aan de hand. Al het bewijsmateriaal dat voorhanden is, wijst op sabotage.
15. In *Edamkue* stelde SPDC dat de eisers sabotage hadden gepleegd. Deze omstandigheid had een belangrijke procesrechtelijke implicatie. Die stelling bracht namelijk mee dat sabotage moest worden bewezen "beyond reasonable doubt". Dit volgde uit artikel 138 (1) van de Evidence Act (2004):

If the commission of a crime **by a party to any proceeding** is directly in issue in any proceeding civil or criminal, it must be proved beyond reasonable doubt. (vet toegevoegd, adv.)

16. In de onderhavige zaken stelt SPDC niet dat de sabotage is gepleegd door de eisers. SPDC weet niet door wie de sabotage is gepleegd. Dat maakt dat de maatstaf van het bewijs "beyond reasonable doubt" in de onderhavige zaken niet geldt. In deze zaken geldt de reguliere bewijsmaatstaf van "preponderance or weight of

⁹ Productie M-1 Dooh c.s./ Oguru c.s./ Akpan c.s., nr. 50.

¹⁰ Zie *SPDC v. Edamkue*, productie M-1 Dooh c.s./ Oguru c.s./ Akpan c.s., bijlage 12, p. 40, G.

evidence".¹¹ Deze maatstaf wijkt niet af van de vrije bewijsleer zoals die in het Nederlandse procesrecht in beginsel geldt.

17. Prof. Duruigbo miskent dit in zijn opinies. Zijn redenering is dat aangezien SPDC in *Edamkue* geen sabotage kon bewijzen, SPDC dat in onderhavige zaken zeker niet kan bewijzen. Die redenering kan niet worden gevolgd. In *Edamkue* was getuigenbewijs van met overheidsgezag beklede ooggetuigen voorhanden, dat de gestelde sabotage tegensprak. Bovendien gold in *Edamkue* een bijzondere bewijsmaatstaf, die in de onderhavige zaken niet geldt.
18. Dit alles betekent uiteraard niet dat ondenkbaar is dat een 'operator' aansprakelijk is voor het niet voorkomen van sabotage. Prof. Oditah concludeert:¹²

"I am of the view that SPDC had no duty of care to prevent the sabotage. Whilst there may be special or exceptional circumstances where an operator could be required to take reasonable steps to prevent a known or anticipated sabotage, I am not aware of such circumstances in this case."

19. Milieudefensie c.s. voert geen concrete 'special or exceptional circumstances' aan waarom SPDC een zorgplicht had om de onderhavige drie gevallen van sabotage te voorkomen. Milieudefensie c.s. komt niet verder dan de vaststelling dat sabotage in de Niger Delta frequent voorkomt en dus in zijn algemeenheid voorzienbaar is. Ook voert Milieudefensie c.s. aan dat het milieu in de Niger Delta kwetsbaar is. Een dergelijke algemene stellingname volstaat uiteraard niet. Zou reeds het veelvuldig voorkomen van sabotage en het kwetsbare milieu in de Niger Delta maken dat de 'operator' van de gesaboteerde pijpleiding zich niet op sabotage kan beroepen, dan zou het verweer van sabotage nooit opgaan. Het

¹¹ Zie *SPDC V. Edamkue*, productie M-1 Dooh c.s./ Oguru c.s./ Akpan c.s., bijlage 12, p. 32 A: "(...) it is now firmly established in a line of decided authorities by this court firstly, that civil cases are proved by preponderance or weight of evidence."

¹² Zie Third Supplementary Opinion Prof. Oditah nr. 24 in de zaak Dooh c.s., (productie 33 bij CvD); idem in de zaken Oguru c.s. (productie 23 bij CvD) en Akpan c.s. (productie 34 bij CvD).

tegendeel is waar. Dat bevestigen ook de Nigeriaanse juristen die door Milieudéfensie c.s. zijn ingeschakeld.

20. Milieudéfensie c.s. verzuimt bovendien om concreet aan te voeren welke extra veiligheidsmaatregelen SPDC had kunnen en moeten nemen en om concreet te onderbouwen dat die maatregelen de sabotage die zich in deze drie gevallen heeft voorgedaan, zou hebben voorkomen.
21. De conclusie is dat ook waar het gaat om de beweerdé zorgplicht om sabotage te voorkomen, Milieudéfensie c.s. niet heeft voldaan aan de instructie van de Rechtbank om bij repliek "alsnog concreet onderbouwd" te stellen "welke concrete verwijten" zij SPDC naar Nigeriaans recht kan maken over het ontstaan van de olie lekkages.
22. Blijven over de twee andere grondslagen voor de vorderingen van Milieudéfensie c.s., te weten de beweerdé schending van een 'duty of care' om (i) adequaat op de lekkages te reageren en (ii) de schade als gevolg van de lekkages goed op te ruimen. Ook op dit punt luidde de instructie van de Rechtbank aan Milieudéfensie c.s. om bij repliek "alsnog concreet onderbouwd" te stellen "welke concrete verwijten" zij SPDC naar Nigeriaans recht kan maken over het opruimen van de olie lekkages. Ook op dit punt heeft Milieudéfensie c.s. niet aan de instructie van de Rechtbank voldaan.
23. In de opinie van Prof. Ladan en Dr Ako is niets te vinden over deze twee grondslagen van Milieudéfensie c.s. Bij dupliek heeft Shell uiteengezet dat deze grondslagen geen steun vinden in het Nigeriaanse recht. Over de beweerdé zorgplicht van SPDC om te reageren op een olie lekkage en om de gelekte olie op te ruimen, zegt Prof. Oditah:¹³

"There is in general no duty to rescue. Consequently, in the absence of special circumstances, there is no common law

¹³ Zie Third Supplementary Opinion Prof. Oditah nr. 47-48 (en 54 mbt clean-up) in de zaak Dooch c.s., (productie 33 bij CvD); nr. 46-47 (en 53 mbt clean-up) in de zaak Oguru c.s. (productie 23 bij CvD) en nr. 43-44 (en 51 mbt clean-up) in de zaak Akpan c.s. (productie 34 bij CvD).

duty of care to respond to an emergency by attempting a rescue. (...)

The reasons given by the Plaintiffs in the present case do not constitute special circumstances capable of giving rise to a duty of care in this case. First, mere foreseeability is not enough to create a duty of care. Second, neither EGASPIN nor NOSCP contains a legal obligation to do anything. Both are recommendations. Third, RDS' internal policy is just that. It is not a source of legal obligations on SPDC or RDS."

24. Prof. Oditah legt uit dat EGASPIN – dat staat voor Environmental Guidelines and Standards for the Petroleum Industry in Nigeria - en het National Oil Spill Contingency Plan (NOSCP) slechts aanbevelingen aan 'operators' bevatten en geen juridische verplichtingen opleggen die tot civiele aansprakelijkheid kunnen leiden.¹⁴ Prof. Duruigbo erkent met zoveel woorden dat EGASPIN en het NOSCP slechts 'recommendations' bevat.¹⁵ De verschillende Nigeriaanse juristen zijn het dus eens dat EGASPIN en het NOSCP niet de status van door een bevoegd orgaan uitgevaardigde algemeen verbindende regelgeving hebben.
25. Shell meent dat er in het licht hiervan aanleiding is voor de Rechtbank om terug te komen van haar voorlopige oordeel in het exhibitie-incident dat voor de beoordeling van de geschillen relevant is of de gelekte olie naar behoren is opgeruimd, ongeacht de vraag waardoor de lekkage is veroorzaakt.¹⁶ De Rechtbank baseerde dit voorlopige oordeel op een bepaling uit EGASPIN, maar die bepaling bevat slechts een aanbeveling en geen juridische verplichting die tot civiele aansprakelijkheid jegens derden kan leiden.
26. Milieudefensie c.s. en de door hen ingeschakelde Nigeriaanse juristen noemen ook geen enkele Nigeriaanse uitspraak waarin is

¹⁴ CvD Goi, nr. 146 i CvD Oruma, nr. 133; CvD Ikot Ada Udo, nr. 134. Zie ook Third Supplementary Opinion Prof. Oditah, nrs. 29, 37, 48 in de zaak Dooh c.s. (productie 33 bij CvD), nrs. 29, 36, 47 in de zaak Oguru c.s. (productie 23 bij CvD) en nrs. 33, 44 in de zaak Akpan c.s. (productie 34 bij CvD).

¹⁵ Productie M-1 Dooh c.s./ Oguru c.s., nr. 60. Productie M-1 Akpan c.s., nr. 58.

¹⁶ Vonnissen in het exhibitie-incident van 14 september 2011, rov. 4.7 (Dooh c.s.), rov. 4.7 (Oguru c.s.), rov. 4.6 (Akpan c.s.).

aangenomen dat op een 'operator' een 'duty of care' rust op grond van een bepaling uit EGASPIN of het NOSCP. Dit zegt op zichzelf al genoeg. Ook Shell is niet bekend met een dergelijke uitspraak.

27. Prof. Duruigbo stelt nog dat EGASPIN en het NOSPC als "industry custom" zouden gelden en als zodanig wel bindend zijn voor SPDC. Deze stelling mist doel. Om te beginnen geeft Prof. Duruigbo nog niet een begin van een onderbouwing dat zijn opvatting het geldende Nigeriaanse recht weergeeft. Hij citeert uitsluitend een passage uit een handboek over Amerikaans onrechtmatige daadsrecht.¹⁷ Die bron is uiteraard onvoldoende om te onderbouwen dat EGASPIN en het NOSPC als relevante "industry custom" zouden gelden.
28. Ten tweede wordt in de geciteerde passage uit het Amerikaanse handboek het begrip "industry custom" wordt besproken in het kader van de 'standard of care' die in een bepaald geval mag worden verwacht. Dat is relevant voor de vraag of al dan niet sprake is van een 'breach'. Milieudefensie c.s. moet echter eerst bewijzen dat er op SPDC een in dit opzicht relevante 'duty of care' rust. Milieudefensie c.s. stelt daartoe onvoldoende. Daarom wordt in het onderhavige geval niet toegekomen aan de vraag of al dan niet sprake is van een 'breach'. Het beroep op "industry custom" niet alleen ongefundeerd, maar kan daarom ook nergens toe leiden.
29. Ten slotte geldt dat Prof. Duruigbo de grondslag van de aansprakelijkheid van SPDC klaarblijkelijk zoekt in het NOSCP en niet in EGASPIN:

"Accordingly, since the expectation is prompt clean-up of oil spills under the Contingency Plan, SPDC cannot avoid compliance with this industry custom by claiming that the Plan is not a legal stipulation".¹⁸

Het NOSCP bevat echter geen bepaling dat SPDC een lekkage moet opruimen ongeacht de oorzaak.

¹⁷ Zie productie M-1 Dooh c.s./ Oguru c.s., voetnoot 25 op p. 32 en voetnoot 20 op p.29; productie M-1 Akpan c.s., voetnoot 17 op p. 28 en voetnoot 22 op p.31; Dan B. Dobbs, The Law of Torts, West Group 2000, p.396.

¹⁸ Productie M-1 Dooh c.s./ Oguru c.s., nr. 60. Productie M-1 Akpan c.s., nr. 58.

30. Prof. Duruigbo doet tenslotte nog een beroep op Reg. 9 (a) en (b) van de Oil and Gas Pipelines Regulations. Hij miskent echter dat deze regels niet meer inhouden dan dat SPDC een zogenoemd Oil Spill Contingency Plan moet hebben. Aan deze verplichting voldoet SPDC.
31. De aanbeveling uit EGASPIN om een lekkage op te ruimen ongeacht de oorzaak strekt ertoe om 'operators' zoveel als mogelijk lekkages te laten opruimen, ook als die door sabotage zijn veroorzaakt. SPDC doet dat in de praktijk ook. Maar die goede praktijk mag niet tegen SPDC gebruikt worden in de zin dat het tot extra aansprakelijkheden leidt.
32. De conclusie is dat Milieudefensie c.s. onvoldoende concreet heeft onderbouwd dat SPDC naar Nigeriaans recht op grond van 'negligence' aansprakelijk kan zijn voor het beweerde niet adequaat reageren op de lekkages en niet goed opruimen van de gelekte olie. Overigens hééft SPDC adequaat gereageerd op de onderhavige drie lekkages en de gelekte olie goed opgeruimd. Dat komt later in dit pleidooi nog nader aan de orde.
33. Een 'operator' is niet aansprakelijk ingeval van sabotage. Die regel van Nigeriaans recht kan niet worden "omzeild" door de vordering dan maar te baseren op de stelling dat SPDC onvoldoende maatregelen zou hebben genomen om sabotage te voorkomen, of dat SPDC niet adequaat zou hebben gereageerd op de lekkage of niet goed zou hebben opgeruimd. Prof. Oditah zegt daarover in zijn opinie: "it would undermine the complete statutory defence which an operator has to the consequences of sabotage".¹⁹
34. Milieudefensie c.s. verzuimt bovendien uit te leggen welke extra schade is veroorzaakt door de beweerde inadequate reactie of het

¹⁹ Zie Third Supplementary Opinion, Prof. Oditah nr. 49 in de zaak Dooh c.s. (productie 33 bij CvD), nr. 48 in de zaak Oguru c.s. (productie 23 bij CvD), nr. 45 in de zaak Akpan c.s. (productie 34 bij CvD).

beweerd niet goed opruimen. Ik laat nog een keer Prof. Oditah aan het woord:²⁰

"Any damage caused by the oil spill is prima facie a result of the act of sabotage for which SPDC is not liable. Therefore, the Plaintiffs must demonstrate how the alleged failure to clean-up and remediate the oil spill, can legally be regarded as an independent cause of additional damage. In order to discharge this burden the Plaintiffs must demonstrate that the damage that was caused by the oil spill would have been prevented if SPDC had discharged its alleged duty. The mere allegation that SPDC did not adequately clean-up and remediate the oil spill (...), is not sufficient in this regard. Something more is required, eg that further clean-up and remediation activities would have prevented some item of damage from arising. The Plaintiffs fail to discharge their duty in this regard, ..."

35. Naast 'negligence' roept Milieudefensie c.s. een drietal andere 'common law torts' in: 'nuisance', 'Rylands v. Fletcher' en 'trespass to chattel'. Deze grondslagen voegen in de onderhavige zaken niets toe. Ook in het kader van deze drie 'torts' geldt dat SPDC niet aansprakelijk is ingeval van sabotage. Sabotage is immers een "complete defence". Ten overvloede ga ik nog kort in op de afzonderlijke 'torts'.
36. Milieudefensie c.s. werken de grondslag van 'nuisance' bij repliek nauwelijks uit. Zij baseren zich ter onderbouwing van hun beroep op 'nuisance' op exact dezelfde stellingen als voor hun beroep op 'negligence'. Op grond hiervan concludeert Prof. Oditah dat de vordering op grond van 'nuisance' strandt om dezelfde redenen waarom die op grond van 'negligence' strandt. Prof. Duruigbo beaamt in zijn opinie dat 'nuisance' kan bestaan uit 'negligent conduct' en dat Milieudefensie c.s. haar beroep op 'nuisance' alleen maar in deze zin inkleedt. Volgens hem betekent dat niet dat Milieudefensie c.s. daarmee afstand heeft gedaan van de

²⁰ Zie Third Supplementary Opinion nr. 56 in de zaak Dooch c.s., (productie 33 bij CvD), nr. 55 in de zaak Oguru c.s. (productie 23 bij CvD) en nr. 47 in de zaak Akpan c.s. (productie 34 bij CvD).

mogelijkheid om 'nuisance' in andere zin in te roepen.²¹ Die laatste opmerking snijdt geen hout. De kwestie is niet of Milieudefensie c.s. afstand heeft gedaan van enige grondslag. Het gaat erom dat Milieudefensie c.s. bij repliek geen andere invulling heeft gegeven aan haar beroep op 'nuisance', dan dat het zou gaan om 'negligent conduct'. Overigens licht Prof. Duruigbo alleen maar toe dat in bepaalde gevallen aansprakelijkheid op grond van 'nuisance' mogelijk is zonder dat tevens sprake is van 'negligence'. De vraag is echter of dat in de onderhavige gevallen ook zo is. Daarover zegt Prof. Duruigbo niets.

37. De grondslag 'trespass to chattel' kan evenmin tot toewijzing van de vorderingen leiden. Milieudefensie c.s. roept deze grondslag in voor zover het gaat om schade aan land, visvijvers en beplantingen. Dat zijn echter geen roerende zaken. Prof. Duruigbo stelt nog dat vissen wel roerende zaken zouden zijn. Dit doet niet ter zake, want Milieudefensie c.s. roept deze grondslag niet in ter zake van beweerde schade aan vissen.²² Overigens heeft Milieudefensie c.s. nagelaten om ook maar een begin van een onderbouwing te geven aan de stelling dat er schade aan vissen zou zijn toegebracht door deze lekkages, laat staan dat zij die schade heeft gekwantificeerd.
38. Overigens zou de zaak niet anders liggen indien Milieudefensie c.s. deze grondslag wel zou aanvoeren met betrekking tot beweerde schade aan vissen. Voor 'trespass to chattel' geldt zoals gezegd dat geen aansprakelijkheid bestaat ingeval van sabotage.
39. Ook voor zover de vorderingen zijn gebaseerd op de 'rule in Rylands v. Fletcher' geldt het verweer van sabotage. Prof. Duruigbo erkent dat met zoveel woorden:²³

"Professor Oditah is correct that sabotage is a defense to a claim under the rule in *Rylands v. Fletcher*."

²¹ Productie M-1 Dooh c.s./ Oguru c.s., nr. 63; productie M-1 Akpan c.s., nr. 61.

²² Zie CvR Dooh c.s., nrs. 233 en 236; CvR Oguru c.s., nrs. 234 en 237; CvR Akpan c.s., nrs. 221 en 224.

²³ Productie M-1 Dooh c.s., nr. 77. Productie M-2 Oguru c.s., nr. 77. Productie M-1 Akpan c.s., nr. 75.

40. Milieudefensie c.s. voert 'Rylands v. Fletcher' dan ook terecht niet aan in het kader van de beweerdde aansprakelijkheid voor het ontstaan van de lekkages. Ook zij weet dat het sabotage verweer daaraan in de weg staat. Kennelijk om aan het sabotage verweer te ontkomen voert Milieudefensie c.s. 'Rylands v. Fletcher' alleen aan in het kader van de aansprakelijkheid voor het beweerdde niet adequaat reageren op de lekkages en niet goed opruimen van de gelekke olie. Prof. Duruigbo stelt dat door deze constructie het sabotage verweer niet op zou gaan:²⁴

"That defense is not available where the escape does not relate directly to the pipeline damage, but the subsequent act of letting the oil linger for a long time, leading to its escape from a place under the Defendants' control. If the Defendants had cleaned-up the spill after the alleged sabotage, it would not have escaped from the enclosed space into plaintiffs' land."

41. Deze gekunstelde redenering, waarmee getracht wordt een tweede 'escape' te creëren, is onjuist. Prof. Oditah zegt hierover:²⁵

"As regards the alleged liability under the rule in Rylands v. Fletcher, the Plaintiffs contend that SPDC is not sought to be made liable for the occurrence of the spill, but for allowing spilled oil to escape and cause damage. This is a curious proposition. For the purposes of liability under the principle of Rylands v. Fletcher, it is the oil spill that is the relevant escape, not the alleged inadequate containment."

42. Voor aansprakelijkheid voor het beweerdde niet adequaat reageren op de lekkages en niet goed opruimen van de gelekke olie, biedt 'Rylands v. Fletcher' eenvoudigweg geen grond.

²⁴ Productie M-1 Dooh c.s., nr. 77. Productie M-2 Oguru c.s., nr 77. Productie M-1 Akpan c.s., nr. 75.

²⁵ Zie Third Supplementary Opinion Prof. Oditah nr. 52 in de zaak Dooh c.s., (productie 33 bij CvD). nr. 51 in de zaak Oguru c.s. (productie 23 bij CvD) en nr. 48 in de zaak Akpan c.s. (productie 34 bij CvD).

43. Ten overvloede merk ik nog op dat uit Prof. Duruigbo's opinie blijkt dat hij het in beginsel eens is met Prof. Oditah, dat het hebben van een pijpleiding in 2004-2005 (d.w.z. ten tijde van de lekkages in Oruma en Goi) niet kan worden beschouwd als een non-natural user of land.²⁶

"Professor Oditah's view that laying of pipelines cannot be considered a non-natural user of land in 2004 has considerable merit and may enjoy the support of academic commentators."

44. Prof. Duruigbo voegt hieraan toe dat de opvatting van Prof. Oditah niet het geldende recht zou weergeven. Hij verwijst in dit kader uitsluitend naar een uitspraak uit 1973. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat Prof. Oditah niet het thans geldende recht zou weergeven. De vraag of sprake is van een 'non-natural user of land', is een feitelijke vraag waarbij alle omstandigheden van het geval, tijdstip en plaats, een rol spelen. Wat in 1973 als een 'non-natural user of land' werd beschouwd, is niet noodzakelijkerwijs ook in 2004-2007 een 'non-natural user of land'. Het is aan Milieudefensie c.s. om voldoende concreet te onderbouwen dat ook aan dit vereiste van Rylands v. Fletcher is voldaan. Dat heeft zij nagelaten.
45. Dit betekent dat Milieudefensie c.s. naar Nigeriaans recht geen toereikende grondslag heeft aangevoerd voor aansprakelijkheid van SPDC in geval van sabotage. Daarmee kan van aansprakelijkheid van RDS, Shell Transport en/of de Koninklijke evenmin sprake zijn. Als de 'operator' niet aansprakelijk is, valt immers niet goed voor te stellen dat RDS, Shell Transport en/of de Koninklijke als moedermaatschappijen van de 'operator' wel aansprakelijk zouden kunnen zijn.

Vorderingen ook feitelijk onvoldoende onderbouwd

46. In het exhibitie-incident heeft de Rechtbank overwogen dat Milieudefensie c.s. de stelling van Shell dat de onderhavige lekkages door sabotage zijn veroorzaakt, vooralsnog onvoldoende

²⁶ Productie M-1 Dooh c.s., nr. 74, Productie M-1 Oguru c.s., nr. 74.

gemotiveerd heeft weersproken, zodat deze stelling vooralsnog voor juist moet worden gehouden.²⁷ Bij repliek heeft Milieudefensie c.s. vervolgens de sabotage als oorzaak van de lekkage tot uitgangspunt genomen en niet nader betwist.²⁸

47. Ter gelegenheid van dit pleidooi heeft Milieudefensie c.s. alsnog een stuk overgelegd waarmee zij kennelijk de stelling van Shell dat de lekkages door sabotage zijn veroorzaakt, wil bestrijden. Het gaat om het rapport van Accufacts Inc. ("**Accufacts**").²⁹ Dit rapport doet niet af aan het voorlopige oordeel van de Rechtbank dat de olie lekkages zijn veroorzaakt door sabotage.

Accufacts rapport geen voldoende betwisting van sabotage als oorzaak van de lekkages

48. Accufacts heeft niet méér gedaan dan het beoordelen van de processtukken en de overgelegde producties, waaronder de videobeelden.³⁰ Op basis van die stukken is de Rechtbank nu juist tot het (voorlopige) oordeel gekomen dat Milieudefensie c.s. onvoldoende heeft weersproken dat de lekkages door sabotage zijn veroorzaakt. Dat oordeel is gebaseerd op aan de bevindingen van de Joint Investigation Teams zoals vastgelegd in de JIT rapporten. Die bevindingen worden ondersteund door het overgelegde videomateriaal. Ook over dat videomateriaal heeft de Rechtbank al zijn oordeel gevormd. Het rapport van Accufacts kan aan dat oordeel niet afdoen. Accufacts is nooit op de plaats van de lekkages (of wellicht zelfs maar in Nigeria) geweest, en baseert haar oordeel achteraf op stukken en videobeelden die in de procedure zijn overgelegd. Het Joint Investigation Team heeft daarentegen in alle drie gevallen de situatie ter plaatse ten tijde van de lekkage opgenomen en is aanwezig geweest bij het dichten van het lek. Op basis van die waarnemingen is het Joint Investigation Team destijds

²⁷ Zie vonnissen in het exhibitie-incident van 14 september 2011, rov. 4.9 (Dooh c.s.), rov. 4.8 (Akpan c.s.), rov. 4.10 (Oguru c.s.).

²⁸ CvR Dooh c.s., nr. 27; CvR Oguru c.s., nr. 33; CvR Akpan c.s., nr.29.

²⁹ Productie M-2 Dooh c.s./ Oguru c.s./ Akpan c.s.

³⁰ Zie productie M-2 Dooh c.s./ Oguru c.s./ Akpan c.s. p. 1: "Accufacts Inc. was asked to perform an analysis, based on the evidence provided, as to the most probable cause of three oil spills in Nigeria: [etc.]".

tot de conclusie gekomen dat sprake was van sabotage.

49. Accufacts uit kritiek op de conclusies van het Joint Investigation Team. Accufacts stelt in dat verband dat "the investigative processes appear to be biased to apparently justify a defense of sabotage".³¹ Deze stelling wordt in het rapport van Accufacts niet concreet onderbouwd en is kennelijk ingefluisterd door Milieudefensie c.s.³² Accufacts ziet eraan voorbij dat het Joint Investigation Team niet alleen bestaat uit vertegenwoordigers van SPDC. In het Joint Investigation Team zijn ook de bevoegde Nigeriaanse autoriteiten op milieugebied en de betrokken gemeenschap(en) vertegenwoordigd. Bovendien worden de bevindingen van het Joint Investigation Team zoals gezegd ondersteund door de videobeelden.

Olielekkage 10 oktober 2004 nabij Goi

50. Dat de lekkage van 10 oktober 2004 is veroorzaakt door sabotage, volgt uit de bevindingen van het Joint Investigation Team en de video-opnamen die van de inspectie door het Joint Investigation Team zijn gemaakt:
- de olie lekte uit een 46 cm lange zaagsnede in de pijpleiding, die zich tussen de 10 en de 2 uurspositie aan de bovenkant van de pijpleiding bevond en met een metaalzaag (*hacksaw*) was aangebracht;³³
 - de grond op de plaats van de lekkage vertoonde sporen van eerder graafwerk, was losser dan de grond eromheen en in de grond bevond zich (losgekomen) vers gras;³⁴
 - uit UT metingen van het Joint Investigation Team blijkt dat de wand van de pijpleiding rondom het lek niet significant dunner was dan de oorspronkelijke dikte daarvan, hetgeen corrosie van de leiding als oorzaak van de lekkage uitsluit;³⁵

³¹ Productie M-2 Dooh c.s./ Oguru c.s./ Akpan c.s., p. 2.

³² Dv Dooh c.s., nr. 283-284; Dv Oguru c.s., nr. 267-268; Dv Akpan c.s., nr. 315-316

³³ CvA, nr. 54 (i).

³⁴ CvA, nr. 54 (ii).

³⁵ CvA, nr. 54 (iv).

- het uitwendige oppervlak van de pijpleiding vertoonde geen sporen van corrosie en de *'coalton-enamel coating'* was alleen zeer plaatselijk, namelijk rondom het lek, beschadigd, terwijl op andere plaatsen de *coating* wel goed aan de pijpleiding kleefde;³⁶
 - corrosie kan niet leiden tot een gat in de vorm van een zaagsnede, net zomin als het kan leiden tot een gat waarbij geen sprake is van een verdunning van de wand rondom het gat.³⁷
51. Het Accufacts rapport stelt hier niets concreets tegenover. Accufacts suggereert een alternatieve oorzaak van de lekkage, namelijk een breuk van de pijpleiding veroorzaakt door bijvoorbeeld fabricagefouten of aanleg- of bouwwerkzaamheden. Dat baseert Accufacts kennelijk uitsluitend op haar eigen waarneming op basis van de video dat "the so-called 'saw cut' is not straight or smooth edged, but wavy and jagged edged".³⁸
52. Dat de randen van de zaagsnede op de video niet glad, maar enigszins gekarteld lijken, laat zich makkelijk verklaren.³⁹ Een saboteur zal niet al te netjes te werk gaan. Zoals de Rechtbank heeft overwogen in het vonnis in het exhibitie-incident,⁴⁰ wijst de gekartelde vorm van het lekpunt er juist op dat sprake is geweest van sabotage. Accufacts treedt in wezen in het voetspoor van Milieudefensie c.s. met haar gescheurde lasnaad theorie. Die theorie is door de Rechtbank al ontzenuwd. Milieudefensie c.s. en Accufacts stellen daar niets concreets tegenover.
53. Voor het overige wordt in het Accufacts rapport slechts geprobeerd om twijfel te zaaien omtrent de bevindingen van het Joint Investigation Team. Zo uit Accufacts kritiek op het feit dat niet van alle bevindingen van het Joint Investigation Team videomateriaal beschikbaar is. Als voorbeeld noemt Accufacts dat de aangetroffen

³⁶ CvA, nr. 54 (v).

³⁷ CvA, nr. 54 (v).

³⁸ Productie M-2 Dooh c.s. p. 5.

³⁹ Zie ook rov. 4.8 vonnis in het exhibitie-incident van 14 september 2011 (Dooh c.s.).

⁴⁰ Vonnis in het exhibitie-incident rov. 4.8 (Dooh c.s.).

sporen van eerder graafwerk niet op video zijn vastgelegd. Accufacts miskent hiermee dat deze bevinding is vastgelegd in het JIT rapport. Milieudefensie c.s. heeft niet betwist dat sprake was van sporen van eerder graafwerk. Accufacts stelt slechts dat de leden van het Joint Investigation Team niet de opleiding en ervaring lijken te hebben om de oorzaak van de lekkage vast te stellen. Dit is onjuist. De vertegenwoordigers van NOSDRA en van SPDC die deel uitmaken van het Joint Investigation Team, hebben wel degelijk kennis van zaken.

54. Uit de overgelegde videobeelden, in samenhang met de bevindingen van het Joint Investigation Team zoals neergelegd in het Joint Investigation rapport, blijkt dat sprake is geweest van sabotage. Accufacts meent het beter te weten dan de mensen die er met hun neus bovenop hebben gestaan. Daarbij trekt Accufacts slechts de kwaliteit van het door Shell overgelegde bewijs in twijfel. Van de kant van Milieudefensie c.s. wordt geen enkel positief feit gesteld waaruit een andere oorzaak van de lekkage zou blijken.

Olielekkage 26 juni 2005 nabij Oruma

55. Hetzelfde geldt voor de bevindingen van Accufacts ten aanzien van de lekkage bij Oruma van 26 juni 2005. Uit het JIT rapport, de 'Intelligent Pig run' en de video blijkt dat de lekkage door sabotage is veroorzaakt:
- de grond op de plaats van de lekkage vertoonde sporen van eerder graafwerk en was veel lossier dan de grond daaromheen;⁴¹
 - de uit de pijpleiding gelekte olie borrelde vrijwel recht boven het lek uit de grond omhoog voordat het lek werd blootgelegd, wat alleen mogelijk is als de grond is omgegraven en er daardoor kleine ruimten met lucht in de grond zitten die met elkaar in verbinding staan;⁴²

⁴¹ CvA (STT & SPNV), nr. 91 (i).

⁴² CvA (STT & SPNV), nr. 91 (ii).

- de pijpleiding op de plaats van de lekkage ligt circa 1,25 à 1,75 meter onder de grond, hetgeen sabotage niet uitsluit;⁴³
- de '*coalton-enamel coating*' kleefde goed aan de pijpleiding en was alleen zeer plaatselijk beschadigd rondom het lek, wat duidt op sabotage en externe corrosie als oorzaak van de lekkage zeer onwaarschijnlijk maakt;⁴⁴
- het uitwendige oppervlak van de pijpleiding was glad en vertoonde geen tekenen van putjes of corrosie, hetgeen eveneens externe corrosie als oorzaak van de lekkage zeer onwaarschijnlijk maakt;⁴⁵
- uit UT metingen van het Joint Investigation Team blijkt dat de wand van de pijpleiding rondom het lek niet significant dunner was dan de oorspronkelijke dikte daarvan, hetgeen corrosie van de leiding als oorzaak van de lekkage uitsluit;⁴⁶
- de lekkage vond plaats uit een gaatje in de pijpleiding met een diameter van 8 mm dat rond was en gladde randen had, zoals een boorgat, en dat op de 8.30 uurspositie van de pijpleiding zat, hetgeen duidt op sabotage;⁴⁷
- corrosie kan niet leiden tot een gat dat, zoals een boorgat, zowel aan de binnen- als aan de buitenkant van de pijp even groot is en waarbij geen sprake is van een verdunning van de wand rondom het gat;⁴⁸
- bacteriologische corrosie leidt niet tot een afzonderlijk, rond gat in de pijpleiding zonder dat de wand van de pijpleiding daaromheen slijtage vertoont, maar zal altijd een zekere uitgebreidheid bezitten;⁴⁹
- de UT metingen door het Joint Investigation Team worden bevestigd door de meetresultaten van de Intelligent Pig run die in december 2004 (ongeveer een half jaar voor de lekkage) heeft plaats gevonden en waarin op en rondom de plaats van

⁴³ CvA (STT & SPNV), nr. 91 (iii).

⁴⁴ CvA (STT & SPNV), nr. 91 (iv).

⁴⁵ CvA (STT & SPNV), nr. 91 (v).

⁴⁶ CvA (STT & SPNV), nr. 91 (vi).

⁴⁷ CvA (STT & SPNV), nr. 91 (vii).

⁴⁸ CvA (STT & SPNV), nr. 91 (vii).

⁴⁹ CvA (STT & SPNV), nr. 91 (vii).

het lekpunt geen enkel wandverlies van meer dan 20% is geconstateerd.⁵⁰

56. Ook hier probeert Milieudefensie c.s. met het Accufacts rapport twijfel te zaaien zonder zelf een positief feit te stellen waaruit blijkt dat de lekkage door corrosie zou zijn veroorzaakt. Die pogingen moeten falen. Zo stelt Accufacts dat "statements that corrosion does not generate round holes in pipes are false"⁵¹. Accufacts miskent dat Shell niet heeft gesteld dat corrosie niet zou kunnen leiden tot een rond gat. Shell heeft gesteld dat in dit geval sprake was van een rond gat met een diameter van 8 mm, dat zowel aan de binnen- als aan de buitenzijde van de pijpleiding even groot was en gladde randen had, waarbij de wand van de pijpleiding rondom het lek niet of nauwelijks was afgenomen ten opzichte van de oorspronkelijke wanddikte. Daarmee is corrosie als oorzaak van de lekkage feitelijk uitgesloten, omdat een gat veroorzaakt door corrosie altijd gepaard gaat met een verdunning van de wanddikte rondom het gat aan de binnenzijde van de pijpleiding.
57. Het feit dat geen sprake is van een vermindering van de wanddikte rondom het gat probeert Accufacts te ontcrachten met de stelling dat de UT metingen zoals die op de video te zien zijn, niet zouden voldoen aan de daarvoor geldende standaarden. Bovendien zouden ook de meetresultaten van de Intelligent Pig Run onvoldoende zijn om corrosie uit te sluiten.⁵² Accufacts zaait ten onrechte twijfel over de betrouwbaarheid van de meetresultaten van de Intelligent Pig Run die in december 2004 is uitgevoerd. Zo zou niet duidelijk zijn of wel de juiste apparatuur is gebruikt.⁵³ Dit argument mist doel. Het betreft de "Magnetic Flux Leakage" (MFL) techniek. Voor deze 20" pijpleiding met wanddikte van 9.5 mm, is dit een zeer gebruikelijke en goede keuze. Overigens is de inspectie uitgevoerd door Rosen, dat een uitstekende reputatie heeft op het gebied van 'inline inspection' (ILI).

⁵⁰ CvA (STT & SPNV), nr. 94-95.

⁵¹ Productie M-2 Oguru c.s., p. 7, onder 6.

⁵² Productie M-2 Oguru c.s., p. 6, onder 4 en p. 7, onder 8.

⁵³ Productie M-2 Oguru c.s., p. 3.

58. Accufacts meent verder dat het verdacht is dat er maar weinig beelden zijn van het boorgat. Daargelaten dat de video wel degelijk het – inmiddels dichtgestopte – gat laat zien, geldt dat de leden van het Joint Investigation Team, inclusief eiser Efanga, één voor één in de gegraven kuil zijn gestapt om het gat zelf van dichtbij te bestuderen.⁵⁴ In het licht daarvan kan het ontbreken van fotomateriaal geen reden zijn om te twijfelen aan de juistheid van de de bevindingen van het Joint Investigation Team.
59. Accufacts stelt dat sabotage niet voor de hand zou liggen gelet op onder andere de diepte van de pijpleiding. Wat betreft de diepte geldt dat Accufacts ten onrechte stelt dat de pijpleiding op de plaats van het lek circa 3 à 3,5 meter (10 à 12 voet) onder de grond zou liggen.⁵⁵ De videobeelden laten zien dat de pijpleiding op de plaats van de lekkage circa 1,25 à 1,75 meter onder de grond ligt. Dit blijkt bovendien uit het door Shell overgelegde *pipeline plan & profile*.⁵⁶ Dat het mogelijk op de video dieper lijkt, komt doordat de uitgegraven grond als een berg naast het gat ligt. Bovendien wordt het gat van bovenaf gefilmd door iemand die zelf staat, waardoor het gat op de video extra diep lijkt. Accufacts stelt verder nog dat er geen bewijs zou zijn van het feit dat er op de plaats van het lek sporen van eerder graafwerk zijn aangetroffen. Accufacts trekt daarmee ten onrechte de constatering van het Joint Investigation Team in twijfel.
60. Accufacts stelt tenslotte dat onjuist zou zijn de stelling van Shell dat het omhoog borrelen van olie alleen mogelijk is als er kleine ruimten met lucht in de grond zitten die met elkaar in verbinding staan.⁵⁷ Shell heeft hiermee willen uitleggen dat er een logische verklaring is voor het feit dat de uit de pijpleiding gelekte olie van de aanvang af vrijwel recht boven de plaats van het lek omhoog borrelde, namelijk dat de grond op die plaats was omgegraven om bij de pijpleiding te komen, en dus meer ruimten met lucht bevatte dan de vrij compacte

⁵⁴ Zie CvA Oruma, nr. 44.

⁵⁵ Productie M-2 Oguru c.s., p. 7.

⁵⁶ Productie 5 bij CvA Oruma.

⁵⁷ Productie M-2 Oguru c.s., p. 7, onder 5.

grond eromheen.⁵⁸ Accufacts maakt niet duidelijk wat nu precies de reden is om de juistheid van deze verklaring van Shell in twijfel te trekken.

Olielekkage vanaf augustus 2006 nabij Ikot Ada Udo

61. Over de bevindingen van Accufacts ten aanzien van de lekkage bij Ikot Ada Udo vanaf augustus 2006, kan ik nog korter zijn. Shell heeft al eerder toegelicht dat de lekkage bij Ikot Ada Udo kon worden gestopt door de afsluiters van de wellhead dicht te draaien. Dat wijst erop dat de lekkage nabij Ikot Ada Udo is veroorzaakt door sabotage, waarbij een derde moedwillig de verschillende afsluiters van de wellhead heeft opengedraaid zodat olie kon ontsnappen. Accufacts noemt in haar rapport mogelijke andere oorzaken van de lekkage, zoals "deterioration over time of valve seals", maar Shell heeft eerder al toegelicht dat het Joint Investigation Team heeft geconstateerd dat de hoofdklep (de master valve) druk vasthield, hetgeen betekent dat deze klep goed afsloot, en dat in de tien minuten na sluiting geen verdere uitstroom optrad.⁵⁹ De door Accufacts geopperde alternatieve oorzaken zijn in het onderhavige geval dus niet aannemelijk. Accufacts kan dan ook niet anders dan uitdrukkelijk constateren: "I cannot rule out sabotage as a cause of this release".⁶⁰ Nu deze conclusie uit de mond van een door Milieudefensie c.s. ingeschakelde persoon komt, begrijpt Shell dit als een impliciete bevestiging dat de lekkage door sabotage is veroorzaakt.

Conclusies ten aanzien van Accufacts rapport

62. De conclusie is dat het Accufacts rapport geen concrete en gemotiveerde betwisting vormt van sabotage als oorzaak van de lekkages. Het Accufacts rapport vormt geen bewijsmateriaal dat nieuw licht werpt op de oorzaak van de lekkages. Accufacts doet niet meer dan kritiek leveren op het overgelegde bewijsmateriaal en speculeren over een alternatieve oorzaak van de olielekkages,

⁵⁸ CvA Oruma, nr. 61 (ii).

⁵⁹ Zie CvA Ikot Ada Udo, nr. 63 en CvD Ikot Ada Udo, nr. 14

⁶⁰ Productie M-2 Akpan c.s., p. 9, nr. 2.

zonder dat die alternatieve oorzaken steun vinden in de door Shell gestelde feiten en de overgelegde stukken, waaronder het videomateriaal.

Bryjark-rapporten en rapport Von Scheibler geen bewijs dat sanering inadequaar zou zijn

63. Milieudefensie c.s. stelt dat SPDC de gevolgen van de olie lekkages niet goed zou hebben opgeruimd. Ter onderbouwing van die stelling heeft Milieudefensie c.s. bij Dagvaarding rapporten overgelegd van Prof. Udo (voor Ikot Ada Udo) en van Bryjark Environmental Services (voor Goi en Oruma). Deze rapporten zouden aantonen dat de lekkages niet goed zouden zijn opgeruimd.⁶¹
64. Om te beginnen stel ik vast dat Milieudefensie c.s. niet, althans niet concreet gemotiveerd, heeft bestreden dat de drie lekkages zijn opgeruimd. Shell heeft bij antwoord nauwkeurig uiteen gezet wanneer en hoe de opruim- en herstelwerkzaamheden hebben plaats gevonden. Die stellingen zijn als zodanig niet bestreden. De stellingname van Milieudefensie c.s. houdt kennelijk in dat ondanks deze werkzaamheden er sprake zou zijn van verontreiniging van het milieu ten gevolge van de lekkages. Milieudefensie c.s. heeft echter nagelaten om concreet te onderbouwen wat de omvang van de beweerde resterende milieuvervuiling is, laat staan dat zij concreet onderbouwt dat eventuele verontreiniging valt te herleiden tot de lekkages die de inzet van deze procedures zijn.
65. Shell heeft al eerder toegelicht dat het rapport van Prof. Udo in dit verband onbruikbaar is, omdat het dateert van vóór de opruimwerkzaamheden.⁶² Ook het Bryjark-onderzoek inzake Goi dateert gedeeltelijk van voor de afronding van de opruimwerkzaamheden.⁶³ Shell heeft bij antwoord toegelicht dat op de Bryjark-rapporten het nodige valt aan te merken en dat deze rapporten daarom evenmin kunnen bijdragen tot de conclusie dat de

⁶¹ Zie o.a. CvR Dooh c.s., nr. 352: het Bryjark rapport zou bewijs vormen "dat er na de opruimactie het water en de vijvers van Dooh nog steeds vervuild was".

⁶² Zie CvD Ikot Ada Udo, nr. 31 met verdere verwijzingen.

⁶³ Zie CvD Goi, nr. 24

olielekkages van 10 oktober 2004 nabij Goi en van 26 juni 2005 nabij Oruma niet goed zouden zijn opgeruimd.⁶⁴

66. Bij repliek heeft Milieudefensie c.s. geen nadere stukken overgelegd die concreet betrekking hebben op de beweerde inadequate sanering.
67. Ter gelegenheid van dit pleidooi heeft Shell een rapport overgelegd van Arcadis, dat de Bryjark-rapporten heeft beoordeeld.⁶⁵ De conclusies van Arcadis laten zich als volgt samenvatten.
68. Arcadis concludeert dat de methodologie en de aanpak van de Bryjark-onderzoeken niet deugen. Zo ontbreken essentiële elementen zoals een beschrijving van de onderzoekslocaties en de vermelding van de geografische ligging van de punten waar monsters zijn genomen. Bryjark heeft geen deugdelijke kaart bij het rapport gevoegd. In het rapport is slechts een schetsje opgenomen waarop met de hand een aantal meetpunten zijn ingetekend. Het schetsje vermeldt geen schaal, laat staan coördinaten. Het lekpunt en de omvang van de lekkage zijn er niet op aangegeven. Alleen al om deze reden kan het Bryjark rapport niet als bewijs dienen van resterende milieuverontreiniging.
69. Bovendien heeft Bryjark geen vergelijking gemaakt met referentiewaarden buiten het onderzoeksgebied. Daardoor is niet duidelijk of de gevonden waarden afwijken van wat in het gebied normaal is. Ook is niet gekeken naar alternatieve oorzaken van eventuele vervuiling in het gebied. Door de gebrekkige onderzoeks aanpak kunnen uit het onderzoek van Bryjark geen conclusies worden getrokken. Het is al helemaal niet mogelijk uit dat onderzoek de conclusie te trekken dat er een verband bestaat tussen de meetresultaten en de olielekkages van 10 oktober 2004 of 26 juni 2005.
70. Een volgend punt van kritiek op de Bryjark-rapporten is dat twee verschillende methoden voor koolwaterstofanalyse door elkaar

⁶⁴ Zie CvA Goi, nr. 122; CvA Oruma, nr. 60.

⁶⁵ Productie 38 Goi, productie 26 Oruma.

worden gebruikt. Het gaat hier om de bepaling van THC (Total Hydrocarbon Content) en TPH (Total Petroleum Hydrocarbons). Alleen TPH zegt iets over de aanwezigheid van minerale oliecomponenten. De THC waarde geeft geen uitsluitel over de aanwezigheid van minerale olie. Een hogere THC waarde kan ook betekenen dat er veel organisch materiaal in de bodem aanwezig is, bijvoorbeeld door natuurlijke rottingsprocessen.

71. Arcadis heeft geconcludeerd dat als veronderstellenderwijs wordt uitgegaan van de juistheid van de meetresultaten van Bryjark, daaruit blijkt dat het gehalte TPH gemeten in de bodem dermate laag is dat sprake is van een "schone" bodem.⁶⁶ Alleen twee bodemmonsters van de Oruma-locatie laten relatief hogere concentraties TPH zien. Daarbij geldt echter dat onduidelijk is waar de desbetreffende monsters zijn genomen.
72. Voor Goi geldt dat alleen het oppervlaktewater relatief hogere TPH waarden laat zien. Goi ligt in een getijdengebied. Het oppervlaktewater heeft daardoor zo'n dynamisch karakter dat uit een enkele meting zoals gedaan door Bryjark geen conclusies kunnen worden getrokken. Het is daardoor bovendien onmogelijk om een relatie te leggen tussen de gemeten waarden en de olie lekkage van 10 oktober 2004, die meer dan 3,5 jaar vóór het Bryjark-onderzoek heeft plaatsgevonden.
73. De e-mail en het rapportje van Von Scheibler dat Milieudefensie c.s. ter gelegenheid van dit pleidooi nog in het geding heeft gebracht,⁶⁷ maakt dit alles niet anders. Aan het rapport van Von Scheibler kleven net als aan de Bryjark-rapporten ernstige tekortkomingen. Ik noem een paar voorbeelden:
 - Von Scheibler wijdt een hele paragraaf aan de wetgeving voor oppervlaktewater en bodemkwaliteit in Nederland. De Nederlandse wet- en regelgeving zijn voor deze zaak niet relevant.

⁶⁶ Zie Arcadis-rapport, p. 2 en p. 8. (productie 38 Goi; productie 26 Oruma).

⁶⁷ Productie M-5 Dooh c.s./ Oguru c.s.; productie M-4 Akpan c.s.

- Von Scheibler trekt ten onrechte een vergelijking met de sanering van grond rond tankstations in Nederland. Allereerst is de vergelijking met Nederland niet relevant. Bovendien is ruwe olie ("crude"), zoals die in Goi (en Oruma en Ikot Ada Udo) is geëkt, qua samenstelling niet vergelijkbaar met geraffineerde stoffen die bij benzinestations worden verkocht.
- Von Scheibler stelt dat oppervlaktewater in Nigeria als drinkwater wordt gebruikt, maar die stelling wordt niet onderbouwd.
- Von Scheibler stelt dat er 40 ha (400.000 m²) in Goi sterk vervuild is. Het is onduidelijk waarop deze stelling is gebaseerd.
- Von Scheibler maakt net als Bryjark de fout dat TPH en THC door elkaar worden gehaald. Zo stelt Von Scheibler:
"32 maanden na de olie lekkages worden door Bryjark op 5 van de 7 monsterlocaties in Goi (fish ponds) nog hoge concentraties TPH (1.095-47.338 mg/kg) in de bodem aangetroffen."⁶⁸
Uit het Bryjark-rapport blijkt dat het hier niet gaat om TPH waarden, maar om THC waarden.⁶⁹ THC waarden zeggen niets over de aanwezigheid van vervuiling door minerale olie.
- Von Scheibler lijkt bovendien ten onrechte TPH en bijvoorbeeld benzeen over één kam te scheren. Zo stelt hij in zijn e-mail: "Zo worden bij de visvijvers 1-3 in Goi na de sanering nog 334 mg/kgds TPH aangetroffen, terwijl minder dan 1 mg/kgds benzeen al zeer toxisch is."
Benzeen is niet hetzelfde als TPH.

Conclusie ten aanzien van Bryjark-rapporten en rapport Von Scheibler

74. Voor zover de Bryjark-rapporten iets aantonen, bevestigen zij dat de onderzoeksgebieden nabij Goi en Oruma "schoon" zijn. Het meest fundamentele punt van kritiek op de Bryjark-rapporten is dat Bryjark op geen enkele wijze aantoont dat een relatie kan worden gelegd tussen de eventuele resten van minerale olie in het gebied en de olie lekkages van 10 oktober 2004 en 26 juni 2005.
75. Milieudefensie c.s. heeft dus onvoldoende concreet onderbouwd dat de opruim- en herstelwerkzaamheden, waarvan vaststaat dat zij

⁶⁸ Productie M-5 Dooh c.s., p. 2.

⁶⁹ Zie Bryjark-rapport Goi, p. 18, fig. 3.1.2 en Appendix 3.1.1.

hebben plaats gevonden, niet adequaat zouden zijn geweest. Het is aan Milieudefensie c.s. om te stellen en te bewijzen dat er nog resterende olieverontreiniging is als gevolg van de onderhavige lekkages. Nu enerzijds Milieudefensie c.s. op dit punt onvoldoende heeft gesteld, en al helemaal niets kan bewijzen, en anderzijds de door Shell overgelegde Clean-up and Remediation Certificates van de bevoegde Nigeriaanse overheidsinstantie bewijzen dat de opruimen en herstelwerkzaamheden adequaat zijn uitgevoerd, is voor nadere bewijsvergaring op dit punt geen ruimte.

Conclusie ten aanzien van aansprakelijkheid SPDC

76. Uit hetgeen ik zojuist heb toegelicht, volgt dat Milieudefensie c.s. niet heeft voldaan aan de instructie van de Rechtbank in de vonnissen in het exhibitie-incident om alsnog "concreet onderbouwd" te stellen "welke concrete verwijten" zij SPDC naar Nigeriaans recht kan maken voor wat betreft het ontstaan en het opruimen van de onderhavige olie lekkages.⁷⁰ Milieudefensie c.s. heeft zowel wat betreft het Nigeriaanse recht als wat betreft de feiten onvoldoende gesteld om haar vorderingen tegen SPDC toegewezen te zien.

Positie van RDS, Shell Transport en de Koninklijke

77. Zoals gezegd valt niet in te zien dat RDS, Shell Transport en/of de Koninklijke aansprakelijk kunnen zijn, als SPDC niet aansprakelijk is. Shell heeft dit punt al eerder opgeworpen.⁷¹ Milieudefensie c.s. reageert hierop slechts door in het algemeen te stellen dat RDS, Shell Transport en de Koninklijke een zelfstandige 'duty of care' zouden hebben.⁷² Milieudefensie c.s. heeft echter niet uitgelegd wat die 'duty of care' zou behelzen.
78. Als RDS, Shell Transport en de Koninklijke aansprakelijk zouden kunnen zijn, terwijl SPDC dat niet is, dan zou dat betekenen dat op deze moedermaatschappijen een verdergaande 'duty of care' rust

⁷⁰ Vonnissen in het exhibitie-incident van 14 september 2011 rov. 5.2. (Dooh c.s./Oguru c.s./ Akpan c.s.).

⁷¹ Zie o.a. CvD Goi, nr. 176-177, CvD Oruma, nr. 160-161; CvD Ikot Ada Udo, nr. 163-164.

⁷² CvR Dooh c.s., nr. 118-119; CvR Oguru c.s., nr. 123-124; CvR Akpan c.s., nr. 109-110

dan op SPDC. Die stelling is hoogst onaannemelijk en behoeft minst genomen nadere toelichting. Milieudefensie c.s. verzuimt die nadere toelichting te geven.

79. De vraag naar de aansprakelijkheid van RDS, Shell Transport en de Koninklijke, komt dus pas aan de orde als de Rechtbank onverhoopt zou oordelen dat SPDC aansprakelijk is. Maar ook in dat geval zijn de vorderingen tegen de moedermaatschappijen niet toewijsbaar. Ik licht dit toe.
80. De zaak tegen RDS, Shell Transport en de Koninklijke komt klaarblijkelijk voort uit de wens van Milieudefensie om een multinational met het hoofdkantoor in Nederland voor de Nederlandse rechter te dagen in verband met beweerd onrechtmatig handelen door een dochtermaatschappij in het buitenland. Hiermee heeft Milieudefensie zich een ambitieus doel gesteld. Tegelijkertijd is ook duidelijk dat Milieudefensie c.s. zich voorafgaand aan deze procedures niet de vraag heeft gesteld of haar vorderingen tegen RDS, Shell Transport en de Koninklijke steun vinden in het Nigeriaanse recht en in de feiten van de drie lekkages waar het vandaag over gaat. Zou Milieudefensie c.s. dat wel hebben gedaan, dan was zij tot de conclusie gekomen dat voor haar stellingen noch in het Nigeriaanse recht, noch in de feiten enig aanknopingspunt is te vinden. Een zorgvuldig procederende partij had dat onderzoek uiteraard niet achterwege gelaten, te meer in het licht van de reactie van Shell op de aansprakelijkstelling die aan deze procedures vooraf ging.
81. Uit de door Milieudefensie c.s. overgelegde 'opinions' is onmiddellijk duidelijk dat de door haar ingeschakelde Nigeriaanse juristen niet één Nigeriaanse uitspraak hebben kunnen vinden die enige steun biedt aan de stelling dat RDS, Shell Transport en de Koninklijke een 'duty of care' hadden jegens de beweerdelijk getroffen van de drie olie lekkages. Prof. Ladan en Dr Ako noemen in dit verband de uitspraken in Connelly v. RTZ, Lubbe v. Cape en Chandler v. Cape. In de eerste twee zaken is niet geoordeeld dat de moedermaatschappij een 'duty of care' had. In beide zaken is uitsluitend geoordeeld over de jurisdictie van de Engelse rechter.

82. Dat Connelly v. RTZ en Lubbe v. Cape geen steun bieden aan de stellingen van Milieudefensie c.s., blijkt wel uit het feit dat Prof. Duruigbo bij het bespreken van het onderwerp "Liability of Corporate Parent" alleen Chandler v. Cape noemt. Ook die laatste zaak biedt echter geen grond voor aansprakelijkheid van RDS, Shell Transport en de Koninklijke in het onderhavige geval.
83. Om te beginnen is er geen reden om aan te nemen dat een Nigeriaanse rechter de uitspraak van de Engelse Court of Appeal in Chandler v. Cape zou volgen. Ten eerste heeft Cape verlof gevraagd om in beroep te gaan bij de Supreme Court. Het is op dit moment dus onzeker of de uitspraak van de Court of Appeal eventueel vernietigd zal worden. Ten tweede is de uitspraak van de Court of Appeal sterk toegesneden op de feiten van het desbetreffende geval. Het is niet meer dan een toepassing van bestaande rechtspraak over de 'tort of negligence'. In zijn meest recente opinie zegt Prof. Oditah daarover:

"The decision in Chandler v. Cape plc does not establish any new principle of law and is merely an application of settled principles of tort law to the particular circumstances of that case. As no principle is involved, it is uncertain whether Nigerian courts would follow it, save perhaps in a case which is in all respects similar to that case."⁷³

84. De feiten en omstandigheden in Chandler v. Cape zijn niet te vergelijken met die in de onderhavige zaken. Dat begint al met de persoon van de eiser in Chandler v. Cape. Chandler was een werknemer van een dochtermaatschappij van Cape die het slachtoffer werd van blootstelling aan asbeststof. De uitspraak heeft dus om te beginnen alleen waarde voor gevallen waarin het gaat om werknemers die in het kader van hun beroepsuitoefening schade oplopen. Prof. Oditah:⁷⁴

⁷³ Third Corporate Law Opinion Prof. Oditah, nr.6 in de zaak Dooh c.s. (productie 37), in de zaak Oguru c.s. (productie 25) en in de zaak Akpan c.s. (productie 36).

⁷⁴ Third Corporate Law Opinion Prof. Oditah, nr.6 in de zaak Dooh c.s. (productie 37), in de zaak Oguru c.s. (productie 25) en in de zaak Akpan c.s. (productie 36).

"To begin with, there is all the difference in the world between a parent company being held responsible to its subsidiary's employees on the one hand, and a parent company being liable to a potentially indeterminate number of persons who could be affected by environmental pollution as a result of an oil spill, on the other. A subsidiary's employees, of whom Mr Chandler was one, could be said to form a close and proximate class of persons to a parent company in certain circumstances including those that applied in that case. In contrast, there is no such relationship of proximity between a parent company such as RDS and the indeterminate members of the public who could conceivably be affected by an oil spill arising from the operations of its subsidiary, SPDC."

85. Prof. Duruigbo miskent dit. Hij zegt:⁷⁵

"If you substitute environment for "health and safety" and neighbouring property owners for "employees", it is clear that the relationship between RDS and SPDC and the facts of this case relating to persistent environmental issues in the Niger Delta region of Nigeria establish a strong basis for the application of the above principles."

Wat geldt voor "employees" geldt echter niet voor "neighbouring property owners". Wat geldt voor "health and safety" geldt niet voor "environment". Chandler v. Cape zegt niets over "environment" en "neighbouring property owners".

86. Aan de beslissing of de gedaagde een 'duty of care' had jegens de eiser zit een belangrijk rechtspolitek element. Die beslissing bepaalt de omvang van de kring van gerechtigden tot schadevergoeding. Juist vanwege de rechtspoliteke implicaties moet die kring van gerechtigden van geval tot geval worden beoordeeld, of in ieder geval per duidelijk omliggende categorie van gevallen. De beslissing van de Engelse Court of Appeal in Chandler v. Cape dat Cape een

⁷⁵ Productie M-1, nr. 106 (Dooh c.s.), nr. 106 (Oguru c.s.), nr. 104 (Akpan c.s.).

'duty of care' had jegens een werknemer van haar dochter, zegt daarom niets over de vraag of RDS, Shell Transport en de Koninklijke een 'duty of care' hadden jegens een potentieel ongelimiteerde groep van derden die schade kunnen ondervinden als gevolg van de operaties van hun (indirecte) dochtermaatschappijen.

87. Blijkens de beslissing van de Engelse Court of Appeal in *Chandler v. Cape* was bovendien voor die uitspraak cruciaal dat Cape exact op de hoogte was van de arbeidsomstandigheden waaronder bij de dochter werd gewerkt en ook van de daaraan verbonden gezondheidsrisico's. Dat was het geval, omdat Cape in het verleden zelf werkmaatschappij was geweest. Voorts was cruciaal dat sprake was van een "systemic failure", te weten het verwerken van asbesthoudende materialen op een plaats waar het asbeststof ongehinderd naar buiten kon waaien. Ondanks de bijzondere kennis van de "systemic failure" in de arbeidsomstandigheden en de daaraan verbonden en voor Cape evidente gezondheidsrisico's, had Cape niet ingegrepen.
88. De onderhavige zaken zijn onvergelijkbaar. Om te beginnen heeft Milieudefensie c.s. niet concreet onderbouwd in welk opzicht er sprake zou zijn van een "systemic failure". Ten tweede, zoals Shell al diverse malen heeft toegelicht, en ook uit openbare bronnen blijkt, zijn RDS, Shell Transport en de Koninklijke houdstermaatschappijen, waarvan de activiteiten zijn beperkt tot het houden van aandelen in dochtermaatschappijen. Deze houdstermaatschappijen hadden en hebben, anders dan in het geval van Cape, geen directe bemoeienis met de operaties van haar werkmaatschappijen, waaronder SPDC. RDS, Shell Transport en de Koninklijke hadden en hebben ook geen bijzondere kennis ter zake van de kwestie waar het hier om gaat, zoals onderhoud en beveiliging van pijpleidingen en andere installaties en het opruimen van olie lekkages. Het zijn dan ook niet deze vennootschappen, maar juist SPDC die "superior knowledge" heeft met betrekking tot de operationele aspecten van oliewinning in Nigeria en bijvoorbeeld de situatie in de Niger Delta. Het feit dat RDS op verschillende terreinen die voor de Royal Dutch Shell groep als geheel van belang zijn, zoals bijvoorbeeld de zorg voor het milieu,

richtlijnen heeft opgesteld die door haar groepsmaatschappijen zijn onderschreven en waaraan die groepsmaatschappijen geacht worden zich te houden, maakt dit alles niet anders.

89. Voorafgaande aan de onderhavige procedure had Milieudefensie c.s. zich moeten verdiepen in de relevante feiten. De relevante feiten zijn kenbaar uit openbare bronnen. De processtukken van Milieudefensie c.s. bevatten weliswaar een heleboel feitelijke stellingen, ook waar het gaat om de beweerde aansprakelijkheid van RDS, Shell Transport en de Koninklijke, maar die stellingen komen niet overeen met de werkelijkheid. Om te beginnen blijft Milieudefensie c.s. tegen beter weten in van "Shell Holding" spreken. Shell Holding bestaat niet. Milieudefensie c.s. verzuimt om haar stellingname toe te spitsen op de verschillende vennootschappen en te onderscheiden in de situatie vóór en na de 'unification'. RDS stond ten tijde van de lekkages nabij Oruma en Goi nog niet aan het hoofd van de Royal Dutch Shell groep. Voor aansprakelijkheid van RDS voor het ontstaan van deze lekkages kan alleen al om die reden geen sprake zijn, ook al blijft Milieudefensie c.s. dat krampachtig betwisten met de bewering dat de 'unification' een "papieren transitie" zou zijn geweest.⁷⁶
90. Shell Transport en de Koninklijke kunnen evenmin aansprakelijk zijn voor het ontstaan van de lekkages nabij Oruma en Goi, omdat in de tijd dat zij de moedermaatschappijen van de groep waren, de aandeelhoudersrechten door de zogenoemde 'group holding companies' werden uitgeoefend. Voor SPDC was SPCo de 'group holding company' die de aandeelhoudersrechten uitoefende. Voor zover SPDC voorafgaand aan de 'unification' werd aangestuurd door een moedermaatschappij – ter voorkoming van misverstand: die aansturing betrof niet de operationele aspecten van olie lekkages waar het vandaag over gaat – werd die sturing dus gegeven door SPCo en niet door Shell Transport of de Koninklijke.
91. Bovendien heeft Milieudefensie c.s. niet duidelijk gemaakt wat zij "Shell Holding" nu precies verwijt tegen de achtergrond van het

⁷⁶ CvR Dooh c.s., nrs. 44-45; CvR Oguru c.s., nrs. 49-50.

vaststaande feit dat RDS, Shell Transport en de Koninklijke voorafgaand aan deze procedures niet op de hoogte waren van de onderhavige lekkages en de opruim- en herstelwerkzaamheden naar aanleiding daarvan.

92. Milieudefensie c.s. heeft evenmin toegelicht waarom het milieubeleid van de Royal Dutch Shell groep niet zou deugen. Dat valt ook niet in te zien, omdat de stukken waar Milieudefensie c.s. beroep op doet, algemene doelstellingen en ambities bevatten ten aanzien van het milieu. Milieudefensie c.s. heeft niet gesteld dat de op de genoemde documenten gebaseerde 'standards' en 'manuals' die ten tijde van de drie lekkages binnen de Royal Dutch Shell groep werden gehanteerd, niet zouden hebben gedeugd. Zij hebben al helemaal niet uitgelegd op welke punten die 'standards' en 'manuals' tekortschoten, laat staan hoe juist die tekortkomingen de gang van zaken rondom de drie lekkages heeft beïnvloed. Dat die 'standards' en 'manuals' in enig relevant opzicht tekortschoten, is overigens ook onaannemelijk. Zij zijn veelal gebaseerd op internationaal aanvaarde standaarden. Zij schrijven bovendien geen concrete werk- of handelwijze voor. Zij laten de invulling over aan de individuele 'operating companies', zoals SPDC.
93. Ook de stelling dat RDS, Shell Transport en de Koninklijke het milieubeleid onvoldoende of onjuist zouden hebben geïmplementeerd, is niet onderbouwd. Zoals gezegd, zijn de 'operating companies' zelf verantwoordelijk voor de implementatie en de naleving van het groepsmilieubeleid. Voorts kan de constatering dat er in Nigeria olie lekkages plaatsvinden, uiteraard niet dienen ter onderbouwing van deze stelling, aangezien ook een juiste implementatie van het milieubeleid olie lekkages niet kan voorkomen.
94. Voor zover Milieudefensie c.s. onder "defective" beleid zouden verstaan de vermeende "goedkeuring" van de RENA-methode door Shell Global Solutions of het beweerdelijk door Shell Global Solutions opgelegde gebruik van de waarde van 5.000 mg/kg TPH

als "cut-off value" voor schoonmaak- en herstelwerkzaamheden,⁷⁷
merk ik nog het volgende op.

95. Ten eerste ziet Milieudefensie c.s. ook op dit punt voorbij aan het verschil tussen de verschillende Shell-vennootschappen. Shell Global Solutions is een aparte vennootschap, die niet in de onderhavige procedure betrokken is.
96. Ten tweede is onjuist dat RDS, Shell Transport en de Koninklijke aan 'operating companies' zoals SPDC instructies zouden geven of beleid zouden opleggen via Shell Global Solutions. Shell Global Solutions is een 'service company', die – vergelijkbaar met een externe consultant – door Shell-maatschappijen ingehuurd kan worden voor allerhande advies en bijstand op technisch gebied. Er is geen instructie van Shell Transport, de Koninklijke en/of RDS aan de 'operating companies' om Shell Global Solutions in te schakelen. Shell Transport, de Koninklijke en RDS staan buiten de relatie tussen Shell Global Solutions en een 'operating company' zoals SPDC, en zijn voor de adviezen van Shell Global Solutions dan ook niet verantwoordelijk, laat staan aansprakelijk.
97. Ten derde geldt dat SPDC als 'operating company' verantwoordelijk is voor de implementatie van milieubeleid en de concrete uitvoering van bijvoorbeeld opruim- en herstelwerkzaamheden. Nu de RENA-methode een deugdelijke en wetenschappelijk onderbouwde methode is voor de sanering van met olie vervuilde gebieden, treft RDS, Shell Transport en de Koninklijke terzake al helemaal geen verwijt. Ook ter zake van de interventiewaarde van 5.000 mg/kg TPH treft RDS, Shell Transport en de Koninklijke geen verwijt. Deze waarde is afkomstig uit EGASPIN en wordt door de bevoegde Nigeriaanse overheidsinstantie (NOSDRA) gehanteerd bij de certificering van opruim- en herstelwerkzaamheden.

⁷⁷ Zie over RENA CvR Dooh c.s., nr. 398-400, en over de waarde van 5.000 mg/kg TPH CvR Dooh c.s., nr. 401. Zie ook CvR Oguru c.s., nrs. 368-370 en 371; CvR Akpan c.s., nrs. 360-362 en 363.

98. De conclusie moet zijn dat de centrale stelling van Milieudefensie c.s. dat "Shell Holding" de "feitelijke mogelijkheid" had om over de operaties van SPDC "zeggenschap" uit te oefenen en van die mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt, eenvoudigweg ontoereikend is voor aansprakelijkheid. Die stelling komt immers erop neer dat als een moedermaatschappij de mogelijkheid heeft om in te grijpen bij een dochtermaatschappij, dat op zichzelf reeds kan leiden tot aansprakelijkheid jegens willekeurige derden voor de onrechtmatige daden van haar dochtermaatschappijen. Het tegendeel is waar. Uitgangspunt is nu juist de 'separate entity doctrine', die meebrengt dat de moeder niet aansprakelijk is voor de schulden van de dochter. In de Nigeriaanse rechtspraak is een aantal gevallen erkend waarin een uitzondering geldt, namelijk 'fraud', 'illegality', 'agency' of 'facade'. Deze gevallen zijn hier niet aan de orde. Milieudefensie c.s. bepleit dit ook niet.

Jurisdictie

99. Shell heeft bij dupliek de Rechtbank verzocht terug te komen op haar beslissing in het bevoegdheidsincident dat zij bevoegd is om kennis te nemen van de vorderingen ingesteld tegen SPDC in dit kader wil ik om te beginnen een vraag met u delen: is het de Rechtbank eigenlijk wel toegestaan om terug te komen van haar beslissing in het bevoegdheidsincident?
100. De beslissing over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter wordt naar haar aard aan het begin van de procedure genomen op basis van de op dat moment beschikbare gegevens. Niettemin meent SPDC dat de Rechtbank ook op die beslissing terug kan komen. In het algemeen geldt als reden om terug te komen van een bindende eindbeslissing het volgende:⁷⁸

"De eisen van een goede procesorde brengen mee dat de rechter aan wie is gebleken dat een eerder door hem gegeven, maar niet in een einduitspraak vervatte eindbeslissing berust op

⁷⁸ Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2009/156, met verwijzingen naar de rechtspraak van de Hoge Raad.

een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, bevoegd is om, nadat partijen de gelegenheid hebben gekregen zich dienaangaande uit te laten, over te gaan tot heroverweging van die eindbeslissing, teneinde te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag een einduitspraak zou doen."

101. Deze reden geldt onverminderd waar het gaat om beslissingen omtrent rechtsmacht van de Nederlandse rechter. Het is immers in strijd met de goede procesorde indien de Nederlandse rechter een uitspraak ten gronde zou moeten doen in een procedure tegen een bepaalde procespartij, in dit geval SPDC, wanneer in de verdere loop van de instantie blijkt dat de Nederlandse rechter op onjuiste gronden rechtsmacht over die partij heeft aanvaard.
102. Bij dupliek heeft Shell toegelicht dat Milieudefensie c.s. op voorhand kansloze vorderingen tegen RDS, Shell Transport en de Koninklijke heeft ingesteld. Die vorderingen zijn zojuist aan de orde geweest. Ik zal daar nu niet meer over zeggen dan dat Milieudefensie c.s. misbruik maakt van procesrecht door die vorderingen in te stellen, kennelijk met als enige doel om rechtsmacht van de Nederlandse rechter over SPDC te creëren. Nu zal ik nog een tweede reden bespreken waarom er voor de Rechtbank aanleiding is terug te komen op haar oordeel in het bevoegdheidsincident.
103. Het Hof van Justitie EG heeft in het Painer-arrest van 1 december 2011, nr. C-145/10, een nadere invulling gegeven aan zijn uitleg van artikel 6 lid 1 EEX-verordening. Het Hof overweegt (punt 81):

"Wanneer tegen de diverse verweerders ingediende vorderingen verschillende rechtsgrondslagen hebben, staat dat op zich dus niet aan de weg aan toepassing van artikel 6, punt 1, van verordening nr. 44/2001, mits voor de verweerders voorzienbaar was dat zij konden worden opgeroepen in de lidstaat waar ten minste een van hen zijn woonplaats had (zie in die zin arrest Freeport, reeds aangehaald, punt 47)."

104. Als de vorderingen tegen de diverse verweerders verschillende rechtsgrondslagen hebben, is er alleen ruimte voor jurisdictie op

basis van art. 6 lid 1 EEX, wanneer voor de verweerder die niet voor de rechter van zijn eigen land wordt gedagvaard, voorzienbaar was dat hij zou worden meegedagvaard voor de rechter van een medeverweerder. Het Hof suggereert met zijn verwijzing naar Freeport dat dit voorzienbaarheids criterium ook al in het Freeport-arrest voorkomt, maar dat is niet het geval. Er is wel degelijk sprake van een nieuw criterium.

105. Toegepast op deze zaak betekent dit criterium dat de Nederlandse rechter alleen bevoegd is om kennis te nemen van de vorderingen tegen SPDC, wanneer voor SPDC voorzienbaar was dat zij samen met RDS voor de Nederlandse rechter zou worden gedagvaard. In dit geval is aan die eis niet voldaan. Ik licht dat zo dadelijk toe.
106. Een voorvraag is of de jurisprudentie van het HvJ EG maatgevend is voor de uitleg van artikel 7 lid 1 Rv. Milieudefensie c.s. vindt van wel. Shell heeft hierbij kanttekeningen geplaatst. Die kanttekeningen houden in dat de jurisprudentie van het HvJ EG moet worden bezien tegen de achtergrond van het vrij verkeer van vonnissen binnen de EG. In dat kader is het risico van onverenigbare beslissingen groter dan in gevallen waar dat niet aan de orde is, zoals in dit geval. De conclusie is dus dat op grond van artikel 6 lid 1 EEX-verordening sneller sprake zal zijn van bevoegdheid dan op grond van artikel 7 lid 1 Rv. Omgekeerd geldt dat als op grond van artikel 6 lid 1 EEX geen bevoegdheid bestaat, dat zeker niet het geval zal zijn op grond van artikel 7 lid 1 Rv. De overweging van de Rechtbank in haar vonnissen in het bevoegdheidsincident dat de jurisprudentie van het HvJ EG niet "rechtstreeks" van toepassing is op de uitleg van art. 7 lid 1 Rv, doet daar niet aan af. De Nederlandse rechter kan immers ook bij analogie de rechtspraak van het HvJ EG toepassen.
107. Terugkomend op de vraag of het voor SPDC voorzienbaar was dat zij met betrekking tot de lekkages bij Goi, Oruma en Ikot Ada Udo voor de Nederlandse rechter zou worden gedagvaard: dat was het niet. Zoals Shell reeds uitvoerig heeft toegelicht, is SPDC als 'operating company' verantwoordelijk voor operationele aangelegenheden gerelateerd aan oliewinning en -transport, waaronder olie lekkages van de omvang als in de onderhavige zaken

aan de orde. RDS heeft daar geen enkele betrokkenheid bij. Dat blijkt wel uit het feit dat toen de aansprakelijkstellingen van Milieudefensie c.s. bij RDS werden ontvangen, RDS bij SPDC moest navragen waar dit over ging.⁷⁹ Voor SPDC was dan ook niet voorzienbaar dat zij voor deze drie olie lekkages samen met RDS voor de Nederlandse rechter zou worden gedagvaard. Milieudefensie c.s. zelf spreekt in haar persbericht over de zitting van vandaag over een "unieke rechtzaak". Het behoeft geen betoog dat SPDC nimmer heeft voorzien dat zij voor de Nederlandse rechter gedagvaard zou kunnen worden in verband met de onderhavige lekkages.

108. In dit verband is van belang dat het Hof van Justitie EG in het Painer-arrest overweegt dat bij de vraag of voldaan is aan het samenhang-criterium van art. 6 lid 1 EEX-verordening, van belang kan zijn of de verweerders al dan niet onafhankelijk van elkaar hebben gehandeld.⁸⁰ Dat is een begrijpelijke overweging. Als twee partijen onafhankelijk van elkaar hebben gehandeld, zullen zij niet kunnen voorzien dat zij samen zullen worden gedagvaard voor dezelfde rechter. Uit het voorafgaande mag duidelijk zijn dat waar het de onderhavige drie lekkages betreft, SPDC onafhankelijk van RDS heeft gehandeld. RDS wist voorafgaande aan deze procedure niet eens van deze lekkages af.
109. SPDC heeft er dan ook geen rekening mee kunnen of hoeven houden dat zij voor de Nederlandse rechter gedagvaard zou worden. Ondertussen is het procederen bij de Nederlandse rechter wel bezwaarlijk voor SPDC. Zij wordt geconfronteerd met een juridische procedure in een vreemde taal en een rechtscultuur waarmee zij niet bekend is en een wederpartij, Milieudefensie, die zij in Nigeria nooit tegenover zich zou vinden. De afstand tussen Nigeria en Nederland is groot, niet alleen geografisch. Ondanks de moderne communicatiemiddelen, maakt dat dat het voorbereiden van de proceshandelingen onevenredig veel tijd en energie vergt. SPDC ziet niet in dat dat nog langer van haar gevergd kan worden. Namens SPDC verzoek ik de Rechtbank in heroverweging te nemen of er, nu

⁷⁹ Zie bijv. productie A-2 Dooh c.s. (brief van RDS van 20 juni 2008 in reactie op de aansprakelijkstelling van 8 mei 2008).

⁸⁰ HvJ EG 1 december 2011, nr. C-145/10, Punt 83.

Milieudefensie c.s. inmiddels ruime gelegenheid heeft gehad om haar zaak te presenteren, nog steeds voldoende reden is om SPDC in Nederland te laten procederen over kwesties die geen enkel raakvlak met Nederland hebben en waarbij haar Nederlandse moedermaatschappijen feitelijk niet betrokken zijn geweest en zelfs geen weet van hadden tot het moment dat zij aansprakelijk werden gesteld. De omstandigheid dat SPDC deel uitmaakt van een concern met het hoofdkantoor in Den Haag, is onvoldoende reden voor bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van SPDC.

Vorderingsgerechtigdheid individuele eisers en ontvankelijkheid Milieudefensie

110. Eerder heb ik geconcludeerd dat de vorderingen van Milieudefensie c.s. tegen zowel SPDC als RDS op inhoudelijke gronden stranden. Shell meent dat er geen reden is voor een inhoudelijke beoordeling van de vorderingen van Milieudefensie c.s. Die vorderingen stranden al omdat de individuele eisers niet vorderingsgerechtigd zijn en Milieudefensie niet-ontvankelijk is. Ik licht dit toe.
111. Dooh, Oguru, Efanga en Akpan hebben in de Dagvaarding hun vorderingen gebaseerd op de stelling dat zij (exclusief) eigenaar zouden zijn van land, beplanting en visvijvers die door de olie lekkages beschadigd zouden zijn. Daarnaast hebben zij hun vorderingen gebaseerd op de stelling dat zij gezondheidsschade lijden.
112. Shell heeft bij antwoord en ook in het kader van het exhibitie-incident steeds gesteld dat de Nigeriaanse eisers hun vorderingsgerechtigdheid moeten bewijzen. Daartoe moeten zij de stelling bewijzen dat zij (exclusief) eigenaar zijn van de gronden en visvijvers die door de olie zouden zijn vervuild. Dat zij (exclusief) eigenaar zijn, is in Nigeria geen vanzelfsprekendheid, omdat grond in Nigeria in beginsel eigendom is van de desbetreffende gemeenschap of familie.
113. De Nigeriaanse eisers betwisten niet dat de grond en visvijvers in Oruma, Goi en Ikot Ida Udo in beginsel eigendom zijn van de

gemeenschap. Niettemin stellen zij eigenaar te zijn, omdat zij de visvijvers zelf hebben aangelegd. Ook zouden zij (met uitzondering van Akpan) de grond geërfd hebben van hun grootvaders. Daarvan is echter geen enkel bewijs overgelegd. De Nigeriaanse eisers hebben in het kader van het exhibitie-incident slechts aangekondigd dat een verklaring van het dorpshoofd van de gemeenschap zou worden overgelegd die deze (exclusieve) eigendom zou bevestigen.⁸¹

114. In de vonnissen in het exhibitie-incident heeft de Rechtbank op dit punt overwogen dat de Nigeriaanse eisers bij repliek "ofwel alsnog nader (bij voorkeur met bewijsstukken) [moeten] onderbouwen dat en waarom [zij] als exclusief eigenaar [hebben] te gelden, ofwel alsnog nader [moeten] onderbouwen dat en waarom die stelling van Shell c.s. naar Nigeriaans recht onjuist is".⁸²
115. Bij repliek hebben de Nigeriaanse eisers vervolgens nagelaten de aangekondigde verklaringen in het geding te brengen. In plaats daarvan hebben zij de stelling betrokken dat hun vorderingsgerechtigdheid ook gebaseerd zou kunnen worden op het feit dat zij een bepaald stuk land "gebruiken" en "bezetten". Kennelijk namen zij met die stellingname afstand van hun stelling bij Dagvaarding dat zij hun vorderingen op (exclusieve) eigendom baseerden.
116. Ter gelegenheid van dit pleidooi zijn toch nog verklaringen in het geding gebracht. Dit zijn kennelijk niet de eerder aangekondigde verklaringen. De nu overgelegde verklaringen zijn van zeer recente datum en afkomstig van andere personen dan eerder aangekondigd. De thans overlegde verklaringen vormen bovendien geen originele bewijsstukken. Deze verklaringen zijn kennelijk opgesteld louter met het oog op deze procedures. Zij vormen niet het bewijs dat de Nigeriaanse eisers in dit kader moeten leveren.

⁸¹ Zie CvR Exhibitie (Dooh c.s.), nr. 108; CvR Exhibitie (Oguru c.s./ STT & SPNV), nr. 136; CvR Exhibitie (Akpan c.s.), nr. 37.

⁸² Vonnissen in het exhibitie-incident, rov. 5.4 (Dooh c.s.), rov. 5.4 (Oguru c.s.), rov. 5.4 (Akpan c.s.)

117. De verschillende Nigeriaanse juristen zijn het eens over de vraag wat eisers moeten bewijzen. Prof. Oditah zegt:⁸³
- "It is for Dooh to show how he has ownership or possession of the communal farmlands, crops and fishponds allegedly damaged by the oil spill."
118. Prof. Duruigbo beaamt dat een eiser die een vordering tot schadevergoeding wil instellen wegens schade aan een bepaald stuk grond "needs to show title to or possession of the land".⁸⁴
119. Om 'title' of 'possession' van grond of visvijvers te bewijzen, moeten de Nigeriaanse eisers stukken overleggen waaruit blijkt hoe zij die eigendom of dat bezit hebben verworven. De Nigeriaanse eisers hebben niet bestreden dat de grond en de visvijvers in beginsel toebehoren aan hun gemeenschap. In het licht daarvan moeten zij met (originele) bewijsstukken onderbouwen wat de aard is van het (exclusieve) recht dat zij kennelijk op bepaalde stukken grond en bepaalde visvijvers pretenderen te hebben en hoe zij dat recht hebben verkregen van hun rechtsvoorganger. Hetzelfde geldt voor zover zij hun vorderingen baseren op beweerdte schade aan gewassen, beplantingen en vissen. De Nigeriaanse eisers moeten stellen en bewijzen op grond waarvan zij kunnen worden aangemerkt als eigenaar of bezitter van die gewassen, beplantingen en vissen. Zij hebben op dat punt helemaal niets gesteld, laat staan bewezen.
120. Prof. Oditah heeft toegelicht dat op grond van het beginsel van "annexation", naar Nederlands recht natrekking, gewassen en beplantingen eigendom zijn van de eigenaar van de grond. Prof. Duruigbo bestrijdt dat. Wat daar verder van zij, de Nigeriaanse eisers moeten in ieder geval stellen en bewijzen op grond waarvan zij het recht hebben om op de grond van de gemeenschap gewassen en beplantingen te hebben en in geval van beschadiging daarvan, schadevergoeding te innen.

⁸³ Second supplementary opinion, nr. 5.

⁸⁴ Productie M-1 Dooh c.s., nr. 15.

121. Daar komt bij dat de Nigeriaanse eisers "as an absolute minimum (...) must provide details of the lands and fishponds allegedly used".⁸⁵ Het spreekt voor zichzelf dat als de Nigeriaanse eisers beweren dat zij eigenaar of bezitter zijn van een bepaald stuk grond, of een visvijver, of gewassen, beplantingen en vissen, zij ten minste moeten aangeven waar die grond of die visvijver precies is gelegen, wat de afmetingen zijn etc. De kaartjes die aan de genoemde verklaringen zijn gehecht, zijn afdrukken van Google maps waarop met grote cirkels is aangegeven waar de visvijvers en het land beweerdelijk zijn gelegen. Op basis van die kaartjes kan de locatie van de grond en de visvijvers niet afdoende worden vastgesteld. Ook op dit punt hebben de Nigeriaanse eisers niet aan hun stelplicht en bewijslast voldaan.
122. Ook overigens schieten de overgelegde verklaringen tekort. Ik neem om te beginnen de zaak Goi. Bij repliek stelt Dooh dat hij "het land op grond waarvan hij zijn vorderingen heeft ingesteld bezet ('occupy') en gebruikt ('use')".⁸⁶ In de verklaring die Dooh bij dit pleidooi heeft overgelegd, staat echter:⁸⁷
- "The four fishponds subject of the suit [[see map attached]] in The Hague **belong to** Chief Barizaa. Of the four fishponds in the suit, the two fishponds situated at the right hand side are located in saline mangrove swamps fringing farmlands, **partly owned by** Chief Barizaa. The other two on the left are situated in saline mangrove swamps fringing farmlands, partly owned by the Kobani Family." (vet toegevoegd, adv.)
123. Shell neemt aan dat "belong to" betekent "behoren in eigendom toe aan". Kennelijk wil Dooh zijn vorderingsgerechtigdheid tóch baseren op eigendom. Maar waar hij nu precies eigenaar van zou zijn, valt uit de verklaring niet op te maken: van alle vier genoemde visvijvers? Uit de verklaring lijkt te volgen dat de visvijvers zijn gelegen op een stuk grond dat slechts "partly" zou toebehoren aan Dooh. Hoe Dooh dan toch exclusief eigenaar van de visvijvers zou zijn, wordt niet

⁸⁵ Zie o.a. Second Supplementary Opinion in de zaak Dooh c.s., nr. 10 (productie @ bij CvD).
⁸⁶ CvR Dooh c.s., nr. 73.

⁸⁷ Productie M-4 Dooh c.s.

duidelijk. Of is bedoeld dat Dooh slechts mede-eigenaar is van de visvijvers? Het blijft gissen.

124. Los van het feit dat de verklaring onduidelijk is, zijn er gegronde redenen om aan de betrouwbaarheid ervan te twijfelen. Ten eerste dateert de verklaring van augustus 2012, maar wordt in de verklaring net gedaan alsof Chief Barizaa Dooh nog leeft, terwijl hij in januari van dit jaar is overleden.⁸⁸ Ten tweede heeft een aantal personen die de verklaring hebben ondertekend, een jaar geleden nog een "Letter of Authority" ondertekend met de volgende tekst:⁸⁹

"It has also been brought to the community's notice that one MR MANSON BARIZAA DOOH, who goes by the appellation of Chief (Deacon) Barizaa M.T. Dooh, has been parading himself in the courts of the Netherlands as the owner of farmlands, swamps, mangroves, fishponds, and other property of the entire community. Please note that the said MR MANSON BARIZAA DOOH has a history of making false and mendacious claims on communal property, one of which resulted in his conviction by a Bori Magistrate court on the 19th of May 1989."

125. De verklaring kan dus niet gelden als bewijs dat Dooh in deze procedure vorderingsgerechtigd is. Daarvoor is de verklaring te vaag en roept die te veel vragen op. De verklaring en de daarbij gevoegde afdrukken uit Google maps voldoen ook niet, omdat er niet uit blijkt over welke stukken land of over welke visvijvers het nu eigenlijk gaat. Hetzelfde geldt voor de verklaringen inzake de beweerde eigendom van Oguru, Efangana en Akpan.
126. Het is aan de Nigeriaanse eisers om duidelijk te maken waarop zij zich nu beroepen. Als zij zich op (exclusieve) eigendom beroepen doordat zij de grond hebben geërfd van hun grootvaders, moeten zij ten minste stellen wie hun grootvader was en hoe hij de eigendom heeft verworven. Als de Nigeriaanse eisers zich op een

⁸⁸ Zie de ter gelegenheid van dit pleidooi door Shell overgelegde "Funeral Service" (productie 35 in de zaak Dooh c.s.).

⁸⁹ Zie de ter gelegenheid van dit pleidooi door Shell overgelegde Letter of Authority van de Goude Raad van Oudsten & Oudvaders van 15 augustus 2011 (productie 36 in de zaak Dooh c.s.).

gebruiksrecht beroepen, moeten zij toelichten wat dat gebruiksrecht inhoudt en hoe zij dat hebben verworven.⁹⁰

127. Wat betreft de tweede grondslag van de vorderingsgerechtigdheid, de gestelde gezondheidsschade, kan ik Shell kort zijn. Inmiddels hebben de Nigeriaanse eisers hun vordering ingetrokken voor zover gebaseerd op de gestelde gezondheidsschade.
128. De conclusie luidt dat de Nigeriaanse eisers onvoldoende hebben gesteld om hun vorderingsrecht te bewijzen. Dat brengt mee dat de vorderingen van de individuele eisers moeten worden afgewezen. Voor een verwijzing naar de schadestaatprocedure is geen plaats. Daarvoor moet immers aannemelijk zijn dat de Nigeriaanse eisers enige schade hebben geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. Dat is pas aannemelijk als de Nigeriaanse eisers hun vorderingsgerechtigdheid bewijzen. Als niet komt vast te staan dat de Nigeriaanse eisers vorderingsgerechtigd zijn, loopt Shell het risico aan de verkeerde partij te betalen en ten tweede male te worden aangesproken, nu door de werkelijk gerechtigde. De individuele eisers hebben inmiddels alle gelegenheid gehad om te bewijzen dat zij vorderingsgerechtigd zijn, maar zij zijn daar niet in geslaagd. Reeds hierom moeten de vorderingen van de Nigeriaanse eisers worden afgewezen.
129. Ten aanzien van Milieudefensie heeft de Rechtbank in het exhibitie-incident voorlopig geoordeeld dat zij ontvankelijk is in haar vorderingen. Shell meent dat Milieudefensie alsnog niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Shell heeft bij dupliek gewezen op het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade. Dat wetsvoorstel en de toelichting daarop maken duidelijk dat (ook naar huidig recht) de collectieve actie van art. 3:305a BW een subsidiair karakter heeft in die zin dat voor een collectieve actie geen ruimte is als het procederen op naam van de belanghebbenden zelf eenvoudig te realiseren is (bijvoorbeeld vanwege de beperkte omvang van de groep). Daarnaast geldt, ook

⁹⁰ Zie Second Supplementary Opinion Prof. Oditah, nr. 10 in de zaak Dooh c.s. (productie 32 bij CvD), nr. 10 in de zaak Oguru c.s. (productie 22 bij CvD), nr. 10 in de zaak Akpan c.s. (productie 33 bij CvD): "[Dooh] must show how the alleged occupation and use arose."

naar huidig recht, dat voor een collectieve actie geen plaats is als de belangen van de personen voor wie wordt opgekomen, niet voldoende gewaarborgd zijn.

130. Milieudefensie heeft, ondanks herhaald aandringen van Shell, tot nu toe geweigerd aan te geven voor wiens belangen zij in deze procedures nu precies opkomt. Daarmee frustriert Milieudefensie de beoordeling van deze beide punten, namelijk of procederen op naam eenvoudig te realiseren is en of de belangen van de belanghebbenden voldoende gewaarborgd zijn. Dit dient voor rekening van Milieudefensie te komen. Dat geldt zeker in de zaak Dooh c.s., waarin de Goi gemeenschap bezwaar heeft gemaakt tegen de onderhavige procedure.⁹¹

Verschillende onderdelen petitum zijn niet toewijsbaar

131. Ten overvloede ga ik nog in op enkele onderdelen van het petitum die ook als de Rechtbank onverhoopt tot aansprakelijkheid zou concluderen, niet kunnen worden toegewezen. Shell neemt daarbij tot uitgangspunt het petitum zoals geformuleerd in de laatste Akte van Milieudefensie c.s.
132. Shell heeft bij dupliek al toegelicht dat de gevorderde geboden tot sanering van de bodem rondom de litigieuze olie lekkages (onder IV), zuivering van de waterbronnen in en nabij Goi, Oruma en Ikot Ada Udo (onder V), het in goede staat houden van de oliepijpleidingen deze drie dorpen (onder VI) en het implementeren van een adequaat plan voor reactie op olie lekkages (onder VII) niet kunnen worden toegewezen, onder andere omdat zij onvoldoende specifiek zijn. Alleen al om deze reden kunnen deze gebodsvorderingen niet worden toegevoegd, laat staan versterkt met de gevorderde dwangsommen. De rechter kan immers niet vaststellen of dergelijke onspecifiek geformuleerde geboden worden nageleefd en of de dwangsommen worden verbeurd.

⁹¹ Zie CvD Goi, nr. 60-61

133. Wat betreft het gebod tot sanering en zuivering van de waterbronnen geldt dat onduidelijk is welk gebied en welke saneringsnormen Milieudefensie c.s. precies op het oog heeft. Zoals gezegd is in deze hele procedure de precieze locatie van de beweerdelijk vervuilde visvijvers en grond onduidelijk gebleven. Milieudefensie c.s. heeft verzuimd een kaart in het geding te brengen waarop duidelijk is aangegeven over welke gebieden zij het nu eigenlijk precies heeft. De Bryjark-rapporten zijn voor de bepaling van de locatie van de beweerde vervuiling evenmin behulpzaam.
134. Het onder VII gevorderde gebod om een adequaat plan voor reactie op olielekages te implementeren, kan bovendien niet worden toegewezen, omdat SPDC een adequaat Oil Spill Contingency Plan heeft. Milieudefensie c.s. legt niet uit in welk opzicht dat plan niet adequaat zou zijn. Milieudefensie c.s. heeft evenmin voldaan aan de instructie van de Rechtbank om te onderbouwen "dat naar Nigeriaans recht een rechtspersoon kan worden bevolen een ander (milieu)beleid te implementeren".⁹²
135. Onder IX vordert Milieudefensie c.s. een veroordeling tot vergoeding van de buitengerechtelijke kosten op de voet van art. 6:96 lid 2 sub b BW (redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid). Ter gelegenheid van dit pleidooi heeft Milieudefensie c.s. een specificatie in het geding gebracht van de beweerdelijk gemaakte buitengerechtelijke kosten.⁹³ Die specificatie heeft als titel "Overzicht Kosten Milieudefensie". Daaruit blijkt dat het gaat om buitengerechtelijke kosten van Milieudefensie en niet van de andere eisers. Ook uit het overzicht zelf blijkt dat de buitengerechtelijke kosten uitsluitend kosten zijn die Milieudefensie zelf heeft gemaakt.
136. Deze kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking, nu de zaak wordt beheerst door Nigeriaans recht. Naar Nigeriaans recht heeft Milieudefensie geen recht op vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Hieraan doet niet af dat de Rechtbank in het exhibitie-

⁹² Vonnissen in het exhibitie-incident van 14 september 2011 rov. 4.13 (Dooh c.s.), rov. 4.14 (Oguru c.s.) en rov. 4.12 (Akpan c.s.).

⁹³ Productie M-12 Dooh c.s.

incident – naar de mening van Shell ten onrechte – heeft geoordeeld dat de ontvankelijkheid van Milieudéfensie ex art. 3:305a BW naar de *lex fori*, en dus Nederlands recht, moet worden beoordeeld. Het gaat hier immers niet om een ontvankelijkheidsvraag, maar om de vraag of Milieudéfensie recht heeft op vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Die laatste vraag wordt door de *lex causae*, en dus Nigeriaans recht, beheerst.

137. Voor het geval de Rechtbank onverhoopt oordeelt dat de vordering van Milieudéfensie tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten door Nederlands recht wordt beheerst, is die vordering evenmin toewijsbaar. De gevorderde kosten doorstaan niet de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 BW. De gevorderde kosten voldoen niet aan de eis dat de verrichte werkzaamheden redelijkerwijs noodzakelijk zijn geweest ter vaststelling van schade en/of aansprakelijkheid en dat de hoogte van de kosten redelijk is. Het is in het kader van dit pleidooi niet mogelijk om de door Milieudéfensie opgevoerde kosten post voor post door te nemen. Shell behoudt zich het recht voor dat in een later stadium te doen.
138. Bovendien moeten de gevorderde kosten geacht worden onder een eventuele proceskostenveroordeling te vallen, zodat die kostenposten hoe dan ook niet voor vergoeding op de voet van art. 6:96 lid 2 sub b BW in aanmerking komen (zie art. 6:96 lid 2 BW, laatste bijzin). Nu het tot een procedure is gekomen, zijn ook eventueel voorafgaand aan de procedure gemaakte kosten, "van kleur verschoten." Het is aan Milieudéfensie te stellen dat de werkzaamheden waarvan vergoeding wordt gevorderd, zijn aan te merken als verrichtingen anders dan die "ter voorbereiding van de gedingstukken en ter instructie van de zaak". Milieudéfensie heeft daaromtrent niets gesteld.

Afronding

139. Milieudéfensie c.s. heeft niet alleen verzuimd om haar petita voldoende te preciseren. Zij heeft ook verzuimd haar vorderingen concreet te onderbouwen en concreet, deugdelijk en geloofwaardig bewijs aan te dragen voor haar stellingen. Milieudéfensie c.s. heeft

daar inmiddels alle gelegenheid voor gehad. Het moment is dan ook gekomen om een einde aan deze procedures te maken.

Advocaat