ECLI:NL:GHDHA:2016:3015

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	11-10-2016
Datum publicatie	12-10-2016
Zaaknummer	200.126.843/01 en 200.126.848/01
Formele relaties	Einduitspraak: ECLI:NL:GHDHA:2021:133
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Tussenarrest waarbij een comparitie van partijen is gelast voor het bespreken van praktische punten in het kader van (i) het (eventuele) deskundigenonderzoek en (ii) de wijze van uitvoering aan het bevel ex art. 843a Rv.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling civiel recht

Zaaknummers : 200.126.843 (zaak c) + 200.126.848 (zaak d)

Zaak-/rolnummers rechtbank : C/09/337058 / HA ZA 09-1581 (zaak c) +

C/09/365482 / HA ZA 10-1665 (zaak d)

Arrest van 11 oktober 2016 in de zaken van

1. Eric Barizaa DOOH,

wonende te Goi, Rivers State, Federale Republiek Nigeria,

2. VERENIGING MILIEUDEFENSIE,

gevestigd te Amsterdam,

appellanten in principaal appel, tevens geïntimeerden in incidenteel appel, tevens eisers in het art. 843a Rv-incident,

advocaat: mr. Ch. Samkalden (Amsterdam),

tegen (zaak c - 200.126.843)

1 ROYAL DUTCH SHELL PLC.,

gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk, kantoorhoudende te Den Haag,

2. SHELL PETROLEUM DEVELOPMENT COMPANY OF NIGERIA LTD.,

gevestigd te Port Harcourt, Rivers State, Federale Republiek Nigeria,

geïntimeerden in principaal appel, tevens appellanten in incidenteel appel, tevens verweersters in het art. 843a Rv-incident,

advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk (Amsterdam),

en tegen (zaak d - 200.126.848)

1 SHELL PETROLEUM N.V.,

gevestigd te Den Haag,

2. THE SHELL TRANSPORT AND TRADING COMPANY LTD.,

gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk,

geïntimeerden in principaal appel, tevens appellanten in incidenteel appel, tevens verweersters in het art. 843a Rv-incident,

advocaat: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk (Amsterdam).

Partijen ter ener zijde worden hierna tezamen Milieudefensie c.s. genoemd; partijen ter andere zijde: Shell.

Het verdere verloop van het geding

in beide zaken:

Op 18 december 2015 is in zowel de incidenten als de hoofdzaken arrest gewezen. Na dat (tussen)arrest is de volgende correspondentie ontvangen van de advocaten van partijen:

a. een brief van 2 februari 2016 van mr. Ch. Samkalden (met daarin een aanhoudingsverzoek);

b. een brief van 12 februari 2016 van mr. Ch. Samkalden (o.a. over het inzageprotocol);

c. een brief van 13 mei 2016 van mr. Ch. Samkalden (met het verzoek om een tussenarrest voor een deskundigenbericht en een klacht over de uitvoering door Shell aan het art. 843a Rv-bevel);

d. een brief van 17 mei 2016 van mr. J.de Bie Leuveling Tjeenk (met een uitstelverzoek);

e. een brief van 27 mei 2016 van mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk (met een inhoudelijke reactie op de onder c. genoemde brief van 13 mei 2016);

f. een brief van 31 mei 2016 van mr. Ch. Samkalden (met een reactie op de onder e genoemde brief van 27 mei 2016);

g. een brief van 3 juni 2016 van mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk (met een reactie op de onder f genoemde brief van 31 mei 2016);

h. een brief van 23 augustus 2016 van mr. Ch. Samkalden (met daarin - in reactie op een brief van het hof van 11 juli 2016 - o.a. een opgave van verhinderdata en een specificatie van het bezwaar inzake de uitvoering door Shell aan het art. 843a Rv-bevel);

i. een brief van 23 augustus 2016 van mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk (met daarin - in reactie op de brief van het hof van 11 juli 2016 - o.a. een toelichting op de voldoening door Shell aan het bevel ex art. 843a Rv);

j. een brief van 24 augustus 2016 van mr. Ch. Samkalden (met namen van mogelijke deskundigen en een reactie op de onder i genoemde brief van 23 augustus 2016);

k. een brief van 29 augustus 2016 van mr. Ch. Samkalden (met nadere gegevens van de voorgestelde deskundigen);

l. een brief van 29 september 2016 van mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk (in reactie op een e-mailbericht van de griffier van 27 september 2016);

m. een e-mailbericht van 29 september 2016 15:54 uur van mr. Ch. Samkalden (eveneens in reactie op het e-mailbericht van de griffier van 27 september 2016);

n. een e-mailbericht van 29 september 2016 17:03 uur van mr. Ch. Samkalden (met een reactie op de onder l. genoemde brief van 29 september 2016).

Aan de hand van de opgegeven verhinderdata is een datum voor een comparitie van partijen bepaald. Die datum, 24 november 2016, is door de griffieadministratie van het hof doorgegeven aan de advocaten van partijen.

De verdere beoordeling

onderzoek door deskundigen

1. In het tussenarrest (rov. 6.3) is partijen in overweging gegeven om te bezien of aanbeveling verdient dat (reeds) in dit stadium van het geding een deskundigenonderzoek wordt gehouden naar de oorzaak van het lek in de ondergrondse 24 inch oliepijpleiding bij het dorp Goi in Ogoniland (deelstaat Rivers State van de Federale Republiek Nigeria).

2. Milieudefensie c.s. heeft daarop (voorwaardelijk) verzocht om bij tussenarrest inderdaad zodanig onderzoek te gelasten en daartoe deskundigen te benoemen. In de brief van haar advocaat van 2 februari 2016 verklaart zij zich daarbij voorstander van het opgraven van de pijpleiding. Shells reactie (in de brief van haar advocaat van 27 mei 2016) houdt in dat zij kan instemmen met dit verzoek om deskundigen te benoemen voor het doen van een fysiek onderzoek naar de pijpleiding bij Goi, met dien verstande dat de deskundigen ook het beschikbare video materiaal en het JIT-rapport moeten analyseren. De advocaat van Milieudefensie c.s. heeft daarop bij brief van 24 augustus 2016 laten weten dat partijen overeenstemming hebben bereikt over twee eventueel te benoemen deskundigen, maar (nog) niet over een eventueel te benoemen derde. Het voorstel is daarom om eerst twee deskundigen te benoemen, waarna in samenspraak met hen kan worden bezien welke kwalificaties dienen te gelden voor een derde deskundige, die dan op voordracht van de twee reeds benoemde deskundigen kan worden benoemd. Uit diezelfde brief wordt genoteerd dat Milieudefensie c.s. *meent dat het aanbeveling verdient dat ook de vormgeving van het onderzoek in samenspraak met de deskundigen tot stand komt. De deskundigen zijn immers bij uitstek in de positie om in te schatten welk type onderzoek mogelijk dan wel vereist zal zijn en welke randvoorwaarden daarbij moeten worden vervuld.*

3. Het verzoek tot het benoemen van deskundigen is in die zin voorwaardelijk gedaan dat Milieudefensie c.s. er (in de brief van haar advocaat van 13 mei 2016) als voorwaarde aan koppelt (i) dat de kosten van het opgraven van de pijpleiding en het deskundigenbericht voor rekening van Shell zijn en (ii) dat, mochten deze kosten in het kader van een proceskostenveroordeling toch ten laste van Milieudefensie c.s. kunnen komen, verzocht wordt om af te zien van benoeming van deskundigen indien het financieel risico een bedrag van ca.

100.000,- te boven gaat. De eerste voorwaarde is niet toewijsbaar; de kosten van het deskundigenonderzoek zullen uiteindelijk moet worden gedragen door de (voor het merendeel) in het ongelijk gestelde partij, met dien verstande dat aanleiding kan bestaan voor een compensatie als partijen over en weer op enige punten in het ongelijk worden gesteld (art. 237 lid 1 Rv). Dit geldt ook indien aan (een van beide) partijen, vanwege een aan hen/haar verstrekte toevoeging, geen voorschot zou worden opgelegd (art. 195 jo. art. 244 Rv). Wat dat voorschot betreft, bepaalt art. 195 Rv dat dit dient te worden voldaan door de eisende partij, als hoedanig Milieudefensie c.s. is aan te merken. Als uitzondering op deze

hoofdregel noemt art. 195 Rv o.a. dat bij het vonnis, bedoeld in art. 194 lid 1 Rv, in verband met de omstandigheden van het geding de wederpartij of beide partijen tezamen daartoe is of zijn aangewezen. Tot de omstandigheden van het geding behoort in dit geval o.a. dat denkbaar is dat Shell (SPDC) in fase 2 zou moeten worden belast met (nadere) bewijslevering van de juistheid van haar verweer dat de lekkage het gevolg is van sabotage. Aan die bewijslevering zou dan in beginsel ook op andere wijze dan door middel van een fysiek onderzoek door deskundigen ter plaatse kunnen worden voldaan. Gelet op een en ander zouden met betrekking tot de voorschotbetaling partijen tezamen kunnen worden aangewezen. De beslissing hierover wordt aangehouden. Aangaande het verzoek van Milieudefensie c.s. om een benoeming van deskundigen achterwege te laten als het totale financieel risico voor haar een bedrag van ca 100.000 te boven gaat - voorwaarde (ii), die gelijkenis vertoont met een eerder in de jurisprudentie aan de orde gekomen maximeringsverzoek: ECLI:NL:HR:2002:AE3345; vgl. ook art. 2:350 lid 3 BW - is van belang dat duidelijkheid ontstaat op welk bedrag de deskundigen de kosten van hun onderzoek in deze en de samenhangende zaken ramen. Het antwoord op die vraag is uiteraard mede afhankelijk van het aantal te benoemen deskundigen en het type onderzoek dat zij noodzakelijk achten ter beantwoording van de aan hen voor te leggen vragen. Voor zover daarbij wordt uitgekomen op een fysiek onderzoek ter plaatse, waartoe dan de pijpleiding dient te worden opgegraven/blootgelegd (en mogelijk schoongespoeld), vormen de kosten daarvan in beginsel onderdeel van de kosten van het deskundigenonderzoek. Volgens Shell (brief van 27 mei 2016 punt 2.3.3) moet de pijpleiding nabij Goi in verband met voorgenomen werkzaamheden toch al worden schoongespoeld en gaat het daarom alleen om de kosten van het opgraven/blootleggen, waarmee ca. USD 60.000 is gemoeid. Zijdens Milieudefensie c.s. is niet kenbaar gemaakt dat (ook) dit bedrag te hoog of anderszins te bezwaarlijk is. In het kader van de bij dit arrest te gelasten comparitie zal niettemin - mede in verband met het maximeringsverzoek - worden stilgestaan bij deze kostenpost, waartoe Shell wordt verzocht om deze te specificeren in een voorafgaande aan de comparitie te verstrekken notitie.

4. De twee voorgestelde deskundigen zijn:

[X]

[Y]

Beiden hebben zich bereid verklaard om aanwezig te zijn op de comparitiezitting. Partijen achten die aanwezigheid gewenst (zie hun hiervoor genoemde berichten l. en m.). Milieudefensie c.s. heeft daarbij voorgesteld om de aan die verschijning verbonden kosten te delen, op welk voorstel Shell nog niet heeft gereageerd. Aangenomen wordt dat partijen daar in onderling overleg met de deskundigen uitkomen. Aan de deskundigen zal worden gevraagd of zij ter voorbereiding op de comparitiezitting al vast hun gedachten laten gaan over in elk geval de volgende vragen: (i) over welke informatie dienen zij voor hun onderzoek te beschikken; (ii) is een onderzoek ter plaatse onontbeerlijk respectievelijk nog zinvol; (iii) op welke wijze kan het eventueel opgraven van de pijpleidingen praktisch worden vormgegeven en (iv) welke kosten zijn er naar schatting aan het onderzoek verbonden. Ook zal hun worden gevraagd (v) wie er, gelet op de benodigde kwalificaties, eventueel als derde deskundige kan optreden. Overeenkomstig het voorstel van Milieudefensie c.s. zullen, ter voorbereiding, in elk geval de in haar e-mailbericht van 29 september 2016 genoemde citaten uit de rechtbankvonnissen aan de deskundigen worden voorgelegd.

inzage bescheiden (art. 843a Rv)

5. In het tussenarrest is Shell gelast om aan Milieudefensie c.s. inzage te verschaffen in de bescheiden genoemd in de rechtsoverweging 6.10 *b, c, d, h* en *i.* Het betreft (in de weergave volgens de brief van 13 mei 2016 van de advocaat van Milieudefensie c.s.):

- Het ten tijde van de lekkage meest recente audit report m.b.t. *asset integrity* alsmede dat m.b.t. milieu- en veiligheidsbeleid, en de naar aanleiding van deze audits gedocumenteerde *findings, recommendations and approval and closeout of actions* (cat.b);
- *Assurance letters* (cat. c);
- Meldingen van *Significant Incidents* en *High Potential Incidents* (cat. d);
- *HSE-plan, Hazards* en *Effects register* en *HSE-case* (cat. h en i).

Volgens Milieudefensie c.s. (brief van 13 mei 2016) omvatten de door Shell tot nu toe ter inzage verstrekte bescheiden geen audit report m.b.t. *asset integrity,* geen documentatie t.a.v. *approval and closeout of actions* en evenmin meldingen van s*ignificant incidents* en *high potential incidents.* Daarbij wijst zij erop dat in de gepresenteerde bescheiden wel verwezen wordt naar een audit report m.b.t. *asset integrity* uit de periode 2002-2004. In een latere brief (van 23 augustus 2016) heeft zij aan de opsomming van ontbrekende stukken toegevoegd dat *thans gebleken [is] dat enkele hoofdstukken geheel ontbreken, die blijkens de inhoudsopgave wel deel uitmaken van het HSE-plan. Het betreft:*

H.5. Hazards and Effects Register (plm 30 paginas)
5.1.1 Hazards and Effects Register
5.1.2 Health Aspects Register
5.1.3 Environmental Aspects Register

H.7. Conclusion
7.1.1. Statement of Fitness to continue operations

H.8. Glossary
Appendix 1: Pipeline Services Organogram
Appendix 2: Activity Specification Sheets
Appendix 3: Pipeline data
Appendix 4: Pipeline Integrity Status
Appendix 5: Geographical map of SPDC pipelines

Daarnaast maakt Milieudefensie c.s. er bezwaar tegen dat Shell in de wel overgelegde bescheiden passages heeft zwartgemaakt, kennelijk om bedrijfsvertrouwelijke informatie te beschermen. Op 233 paginas van de in totaal 329 ter inzage verstrekte paginas zijn één of meerdere woorden zwartgemaakt; op 98 paginas daarvan zelfs, op een enkele kop na, de gehele tekst, aldus de brief van 23 augustus 2016. Of de weggelakte delen al dan niet voor de beoordeling van de zaak van belang zijn valt thans niet vast te stellen, terwijl het bovendien lastig is de structuur en context van een document te beoordelen wanneer daarin veelvuldig passages zijn weggelakt, aldus Milieudefensie c.s., die daarom verzoekt om Shell op te dragen de genoemde bescheiden alsnog integraal over te leggen. De reactie van Shell is, kort samengevat, dat zij alles heeft overgelegd waarover zij nog beschikt en dat de weggelakte passages over kwesties gaan die geen enkel verband houden met de onderhavige procedures. Zij is bereid om aan de door partijen aangewezen notaris (Mr. M.R. Meijer) of een andere onafhankelijke derde inzage te geven in de documenten zonder dat daarin passages zijn weggelakt, zodat die derde kan vaststellen of/dat slechts

passages zijn weggelakt die geen verband houden met de onderhavige procedures. Milieudefensie c.s. gaat daar niet mee akkoord en acht het ook volstrekt ongeloofwaardig dat Shell niet (meer) beschikt over audits m.b.t. *asset integrity,* over gegevens m.b.t. de opvolging van audit-aanbevelingen en over meldingen van s*ignificant incidents* en *high potential incidents.*

6. Naar aanleiding van deze twistpunten wordt overwogen dat van Shell een nadere toelichting wordt verlangd waarom zij de door Milieudefensie c.s. bedoelde gegevens niet (langer) ter beschikking heeft, ook niet in digitale vorm. Aannemende dat die gegevens er wel zijn geweest, dient door haar meer specifiek te worden vermeld sedert wanneer en waarom deze er nu niet meer zijn (en dat dan tegen de achtergrond van de nasleep van de onderhavige en andere lekkages). Ook dient zij toe te lichten waarom de door Milieudefensie genoemde hoofdstukken uit het HSE-plan ontbreken. Zo mogelijk dient die toelichting te worden gegeven door middel van een voorafgaande aan de comparitie te verspreiden korte (puntsgewijze opgestelde) notitie. Die notitie kan dan ter comparitie worden besproken. Wat betreft de zwartgemaakte passages wordt Shell verzocht om nader toe te lichten dat het daarbij steeds gaat om *informatie over landen en vennootschappen die geen relatie hebben met betrekking tot de onderhavige procedures,* respectievelijk *informatie die gevoelig is [en] tevens geen enkele relatie heeft met de operaties van SPDC in Nigeria.* Ter comparitie zal de optie worden besproken om dit nader te laten beoordelen door een onafhankelijke derde, bijvoorbeeld een oud-advocaat, tevens oud-rechter- of -raadsheerplaatsvervanger. Maar vooralsnog is onduidelijk waarom de in het tussenarrest reeds ingebouwde waarborgen en beperkingen bij de ter inzage verstrekking niet volstaan. Ook daaromtrent dient Shell zich nader uit te laten.

Ten aanzien van de *Assurance letters 2000-2004* is in het tussenarrest van 18 december 2015 overwogen dat het moet gaan om de door of namens SPDC opgestelde en ingestuurde *Assurance letters.* Uit de correspondentie van partijen wordt niet meteen duidelijk of er geen door of namens SPDC opgestelde en ingestuurde *Assurance letters* (meer) beschikbaar zijn en/of dat, wat niet voor zichzelf spreekt, de daarin verwerkte informatie volgens Shell geen enkele relatie heeft met betrekking tot de operaties van SPDC in Nigeria. In dat verband heeft Milieudefensie c.s. er terecht op gewezen dat de tegenwerping van Shell dat de bescheiden *betrekking hebben op naleving van HSSE-beleid in het algemeen en niet zien op specifiek olielekkages* geen grond is om inzage te weigeren, omdat daarmee niet gezegd is dat bedoelde bescheiden niet van belang kunnen zijn bij een beoordeling van de wijze waarop het toezicht was vormgegeven en relevante informatie met de moedermaatschappij werd gedeeld. Met relevante informatie is daarbij uiteraard bedoeld informatie die relevant is in verband met vragen over (bijvoorbeeld) de afschrijving, het onderhoud/de inspectie en de veiligheid van de pijpleidingen. Ook deze punten zullen onderwerp van bespreking zijn ter comparitie.

7. Ter comparitie kunnen ook andere dan de hiervoor genoemde onderwerpen aan de orde worden gesteld. Onder andere zal worden stilgestaan bij de mogelijkheid van een onderling vergelijk. Tot slot wordt opgemerkt dat voorstelbaar is dat de Nigeriaanse eiser E.B. Dooh (uit kostenoverwegingen) niet in persoon ter comparitie verschijnt en volstaat met een vertegenwoordiging door zijn advocaat. Aan de beoordeling van Shell wordt overgelaten of het voor een beantwoording van bovengenoemde en andere eventuele vragen en voor het geven van een toelichting noodzakelijk is dat iemand uit Nigeria namens SPDC ter comparitie aanwezig is.

De beslissing

Het hof, alvorens verder te beslissen:

- beveelt partijen om - vergezeld van en/of vertegenwoordigd door hun advocaten en zo mogelijk tevens vertegenwoordigd door een persoon die van de zaken op de hoogte is en bevoegd is om een schikking te

treffen - voor het verstrekken van inlichtingen en het eventueel beproeven van een minnelijke regeling te verschijnen in een der zalen van het Paleis van Justitie, Prins Clauslaan 60 te Den Haag op **24 november 2016** om **10.15 uur**;

- verzoekt partijen om de bescheiden waarop zij ter comparitie een beroep willen doen (waaronder een notitie als hiervoor onder 3 en 6 bedoeld) **uiterlijk een werkweek vóór de comparitie** in kopie toe te sturen aan de wederpartij en aan de griffie handel (postbus 20302, 2500 EH Den Haag, P2-236);

- houdt iedere verdere beslissing aan.

Aldus gewezen door mrs. J.M. van der Klooster, S.A. Boele en S.J. Schaafsma en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 11 oktober 2016 in aanwezigheid van de griffier.