



Reconstructie

Buigen of barsten

Hoe Shell Nigeria met een investeringsverdrag onder druk zette om het lucratieve olieveld OPL 245 te bemachtigen

Januari 2019

Samenvatting

- Dankzij het investeringsverdrag tussen Nederland en Nigeria kon Shell de Nigeriaanse overheid onder druk zetten om het grote offshore olieveld OPL 245 aan Shell te gunnen tegen zeer gunstige voorwaarden. Volgens de Italiaanse justitie kwam aan deze deal smeergeld te pas.
- Shell claimde een schadevergoeding van Nigeria op basis van het investeringsverdrag, maar uit interne e-mails blijkt dat de claim bedoeld was als drukmiddel, en dat geen voordelen werden gezien in het daadwerkelijk winnen van de claimzaak. Shell gokte erop dat Nigeria bang was voor een 'embarrassing outcome'.
- Shell wachtte tot de overeenkomst over OPL 245 was ondertekend, voordat de investeringsclaim werd ingetrokken; tot het laatste moment werd druk op de zaak gehouden.
- Toenmalig CEO Jeroen van der Veer gebruikte de dreiging van een investeringsclaim in directe communicatie met de Nigeriaanse president.
- Uit de zaak blijkt dat Shell haar complexe bedrijfsstructuur opportunistisch inzet in geschillen. In verschillende rechtszaken tegen Shell trekt het bedrijf de handen af van dochterbedrijven in Nigeria; in deze zaak wordt de link juist gebruikt om bedrijfsbelangen veilig te stellen.
- Door de voorwaarden bij de OPL 245-overeenkomst loopt Nigeria waarschijnlijk miljarden mis aan belastinginkomsten.



Introductie

Nederland heeft met veel landen bilaterale investeringsverdragen (in het Engels: *'bilateral investment treaties'* ofwel BITs) gesloten. Deze investeringsverdragen zijn bedoeld voor multinationals die compensatie willen van een land als hun investering gevolgen ondervindt van nationaal beleid. Shell gebruikte de arbitragemogelijkheid in het BIT tussen Nederland en Nigeria echter met een ander doel: het onder druk zetten van de Nigeriaanse regering om een lucratief olieveld in te lijven. Nigeria ging akkoord met een schikking tegen overdreven gunstige voorwaarden voor Shell. Daarmee heeft het Nederlandse investeringsbeleid een zeer omstreden deal in Nigeria mogelijk gemaakt.¹

Het Openbaar Ministerie in Italië beschuldigt Shell en haar Italiaanse branchegenoot ENI van betrokkenheid bij de corruptie die daarbij zou zijn gepleegd.² De bedrijven verwierven in 2011 gezamenlijk de concessie voor OPL 245, een diepzee olieveld, tegen betaling van 1,3 miljard dollar aan de regering van Nigeria. Een deel van dat bedrag zou als smeergeld zijn doorgesluisd naar Nigeriaanse overheidsfunctionarissen en bemiddelaars, aldus de Italiaanse justitie. In september 2018 zijn in het corruptieproces in Milaan al twee verdachten door de Italiaanse rechter veroordeeld.³ De organisaties Corner House, Global Witness, HEDA en Re:Common brachten de zaak in Italië aan het rollen en hebben vanwege deze omstreden deal ook in Nederland aangifte gedaan tegen Shell, de huidige CEO Ben van Beurden, en drie oud-bestuurders van Shell.⁴

Het Openbaar Ministerie moet nog beslissen of het in Nederland tot een rechtszaak komt over de deal van ENI en Shell met de Nigeriaanse overheid over OPL 245, maar de vier organisaties maakten onlangs bekend dat het OM zou aansturen op een schikking. De organisaties vrezen dat beschuldigde managers hierdoor vrijuit gaan en een financiële schikking in het niet zal vallen bij de winst die met het olieveld gemaakt kan worden. Ze bepleiten dat Shell het olieveld in elk geval terug zou moeten geven aan de Nigeriaanse staat.⁵

Tot nu toe is onderbelicht gebleven hoe Shell tussen 2007 en 2011 met een arbitragezaak bij het 'International Centre for Settlement of Investment Disputes' (ICSID), een investeringshof in Washington, de Nigeriaanse overheid onder druk heeft gezet om tot een akkoord te komen. Deze ICSID-procedure was gebaseerd op het Nederland-Nigeria BIT uit 1992.

In deze reconstructie laten we, met behulp van interne mails en documenten, in het bezit van SOMO en Milieudefensie, zien dat Shell er niet op uit was om de arbitragezaak te winnen. Het verwachtte daar amper voordeel van. Uit de correspondentie blijkt dat Shell erop gokte dat Nigeria bang zou zijn voor een 'embarrassing outcome', zodat ze uit eigen beweging Shell de rechten op OPL 245 zou teruggeven.

Dit paper toont ook hoe Shell de relaties met haar Nigeriaanse dochterbedrijven opportunistisch inzet om juridische procedures naar haar hand te zetten. Verder schetsen we hoe Shell met de deal uit 2011 ruime fiscale voordelen verkreeg, waardoor de staatskas van Nigeria volgens een recent onderzoek nu miljarden dollars aan olie-inkomsten dreigt mis te lopen.

Uiteindelijk hebben Shell en ENI samen voor 1,3 miljard dollar een zeer rijk olieveld bemachtigd op bijna 2000 meter diepte in de Golf van Guinee. Het oppompen van de grote voorraad olie die er ligt, is in strijd met de klimaatdoelen van Parijs. Het Internationaal Energie Agentschap concludeerde eind vorig jaar dat we ons geen grote nieuwe fossiele projecten meer kunnen veroorloven als we de opwarming van de aarde onder de 2 graden willen houden.⁶

OPL 245: Een van de rijkste olievelden

OPL 245 wordt gerekend tot een van de rijkste olievelden van Nigeria. Bovendien zou er ook gas zitten. In april 1998 kent de toenmalige Nigeriaanse olieminister Dan Etete OPL 245 toe aan Malabu Oil & Gas Ltd, een Nigeriaanse energiebedrijf waarover hij zelf ook controle bleek uit te oefenen. Malabu is slechts vijf dagen daarvoor opgericht, heeft geen ervaring of bezittingen, en kan slechts een tiende van de vereiste aanbesteding van 20 miljoen dollar opbrengen. Ondanks het hoge corruptierisico stapt Shell Nigeria Ultra

Deep (SNUD) Ltd. in 2001 in het project als technisch partner van Malabu. Hoewel het bedrijf beweert dat het niet op de hoogte was van de banden tussen Malabu en Etete, blijkt uit interne emails uit die tijd dat dat wel degelijk het geval was.⁷ In hetzelfde jaar haalt de Nigeriaanse overheid, na een regeringswissel, de concessie bij Malabu weg. De democratische regering herzag veel contracten die in de jaren negentig onder het militaire regime met bedrijven waren gesloten. Twee jaar later, in 2003, bemachtigt SNUD een zogenaamd Production Sharing Contract (PSC) van de regering voor de exploitatie van het olieveld. In 2006 krijgt het bedrijf Malabu, nadat het is gaan procederen tegen het verlies van de concessie, OPL 245 weer terug van de Nigeriaanse overheid.⁸ Shell heeft dan plots geen enkel aandeel meer in de exploitatie van het lucratieve olieveld.

Bilaterale investeringsverdragen als drukmiddel voor bedrijven

Nederland heeft in totaal 94 BITs.⁹ Deze verdragen bevatten uitgebreide eigendomsrechten die Nederlandse investeerders in het buitenland bescherming bieden tegen overheidsingrijpen dat nadelige gevolgen zou kunnen hebben voor de bedrijfsactiviteiten, bezittingen en (verwachte) winsten. Bedrijven kunnen aanspraak maken op deze rechten onder het 'investor-to-state dispute settlement'(ISDS) mechanisme, dat in de meeste BITs standaard is opgenomen. Dit mechanisme geeft buitenlandse investeerders de mogelijkheid om buiten de nationale rechter om een schadeclaim in te dienen bij internationale arbitragepanelen tegen het gastland.

Zo'n tribunaal – bestaande uit drie private advocaten aangesteld door de investeerder en de betreffende staat – toetst of de genomen overheidsmaatregel in kwestie in strijd is met de regels van de BIT waar de investeerder een beroep op doet. Het tribunaal doet geen uitspraken over de geldigheid van de genomen maatregel, en kan dus ook niet eisen dat een overheid de maatregel weer inneemt. Wel kan het tribunaal de gedupeerde investeerder een financiële compensatie toekennen voor de eventueel geleden schade.¹⁰

De claims en toegekende schadevergoedingen kunnen tot in de miljarden oplopen en kunnen zwaar op de begrotingen van, met name, ontwikkelingslanden drukken.¹¹ Overheden kunnen hierdoor terughoudend worden bij het indienen van nieuwe wetsvoorstellen, om grote schadeclaims te voorkomen. Buitenlandse investeerders kunnen door alleen al te dreigen met een ISDS-claim zorgen dat een overheid een bepaalde maatregel afzwakt of weer intrekt. Hierdoor kunnen bedrijven BITs gebruiken als een drukmiddel om het beleid in de landen waarin ze opereren te beïnvloeden.¹²

Het aantonen van een beleidswijziging als direct gevolg van ISDS-claims is soms lastig. Toch zijn er steeds meer aanwijzingen dat overheden wel degelijk gevoelig kunnen zijn voor de dreiging van ISDS.¹³ Multinationals en hun juridische adviseurs zijn zich maar al te bewust van de kracht die van ISDS uitgaat en gebruiken dit mechanisme allang niet meer als 'laatste redmiddel' wanneer alle andere opties om gelijk te halen zijn uitgeput.¹⁴ Bedrijven zien ISDS juist als een 'afschrikmiddel' om beleidsvoorstellen in de vroeg stadium af te schieten.¹⁵ Het indienen van een ISDS-claim kan ook de druk op voeren om in het geval van een geschil tot een schikking met de desbetreffende overheid te komen¹⁶, of als een troefkaart die bedrijven kunnen inzetten om gunstiger voorwaarden of vrijstellingen voor hun investeringen te krijgen.¹⁷ Dat maakt BITs tot krachtige wapens in de handen van internationaal opererende bedrijven.

CEO Jeroen van der Veer zet Nigeriaanse president onder druk

Jeroen van der Veer, die dan CEO is van Shell, zet op 28 januari 2007 in een brief de toenmalige president Obanjo van Nigeria onder druk. Hij waarschuwt het staatshoofd dat Shell, vanwege de intrekking van het contract, juridische stappen tegen diens land overweegt, gebaseerd op de BITs van Nigeria met Nederland

en het Verenigd Koninkrijk. De CEO wijst erop dat 'Shell juist erg zijn best heeft gedaan om het internationale imago van Nigeria op te poetsen'.¹⁸

page 2
letter J. van der Veer to His Excellency
Chief Olusegun O. Obasanjo (GCPR)
26 January 2007

In response to this unprecedented development, Shell has taken the precautionary measure of instructing its counsel to take all necessary legal steps to defend and protect its significant investment interest in the Block, while the various issues raised by this development are examined.

In the light of the foregoing, I humbly and respectfully solicit the urgent intervention of Your Excellency to preserve the sanctity of our contract with Government and avert an unnecessary legal contest over this.

Mr President, I am getting clear advice from my lawyers that there is no legal justification for not fulfilling Government's contractual obligations to Shell in respect of the Block in the manner proposed. If such a course of action were taken, I understand that the Government would not only be in breach of Shell's subsisting PSC rights, but also of its rights under applicable international investment protection laws potentially leading to the enforcement of the relevant Bilateral Investment Treaties to which the Federal Republic of Nigeria, the Netherlands and the United Kingdom are signatories.

Your Excellency, as you are well aware, Shell has a strong and long standing commitment to Nigeria. I should also stress that I and my Executive Director colleagues have in recent times been pleased to champion the case for Nigeria strongly with governments and opinion leaders in Europe and the US. I most sincerely hope that the spirit of trust and friendship in this relationship can remain solid and not be undermined by an unwanted dispute.

Of course, Malcolm Brinded and myself are always available to discuss this matter face to face at your convenience.

Yours respectfully,

Op 26 april 2007 dient het advocatenkantoor Clifford Chance LLP vervolgens een officieel verzoek tot arbitrage in bij het ICSID in Washington, namens het Nigeriaanse dochterbedrijf SNUD Ltd. van Shell.¹⁹ Het bedrijf dat in 2003 het 'Production Sharing Contract' had gekregen voor de exploitatie van OPL 245 is voor 99,99 procent in handen van Shell Petroleum NV uit Nederland. Daarom valt SNUD onder de bescherming van het BIT tussen Nederland en Nigeria, stelt Clifford Chance LLP

3.3.3 The Claimant qualifies as a national of the other Contracting Party pursuant to the Netherlands-Nigeria BIT. The Claimant is, as to 99.99%, owned by Shell Petroleum NV, a company incorporated in the Netherlands (Exhibit 3).

Article 1(b)(iii) of the Netherlands-Nigeria BIT includes within the definition of a "national" of either Contracting Party: "legal persons not constituted under the law of that Contracting Party, but controlled, directly or indirectly, by ... legal persons [constituted under the law of that Contracting Party]".

Volgens het advocatenkantoor moet het intrekken van de exploitatierechten van SNUD beschouwd worden als 'expropriation', als onteigening. Clifford Chance LLP betoogt in het verzoekschrift dat Nigeria maar liefst vier artikelen uit het investeringsverdrag van Nigeria met Nederland, de artikelen 6, 3(1), 3(2) en 3(4), schendt.

5.3 Breaches of the Netherlands-Nigeria BIT

5.3.1 The actions on the part of the Federal Government of Nigeria amount to, or have an effect equivalent to, expropriation. Such expropriation does not fall within the ambit of any of the exceptions recognised in the Netherlands-Nigeria BIT. The apparent offer of: "a mutually acceptable substitute of comparable potential against the \$210 million, which Shell has already paid ... as signature Bonus" (letter: Minister of State, Petroleum Resources to SNUD dated 1 December 2006), subsequently reformulated as: "[the substitution of] another block of comparative prospectivity with OPL 245" (letter: Technical Assistant to the Honourable Minister of State for Petroleum Resources addressed to Shell Petroleum Development Company, dated 18 December 2006) - both in Exhibit 7 hereto - does not constitute an offer of compensation consistent with the requirements of Article 6(i) of the Netherlands-Nigeria BIT in any event.

Opvallend is dat Clifford Chance LLP eist dat Nigeria de exploitatierechten weer aan SNUD teruggeeft. Mocht dat niet gebeuren, dan dient Nigeria een schadevergoeding te betalen. De hoogte daarvan moet worden vastgesteld door het arbitrage-tribunaal, maar Clifford Chance LLP wijst erop dat SNUD reeds 460 miljoen dollar aan het project heeft toegewijd.²⁰ Toch wil het bedrijf uiteindelijk 1,8 miljard dollar in compensatie krijgen.²¹ Dat bedrag komt overeen met de geschatte totale waarde van het OPL 245 blok in december 2006, zoals SNUD zelf heeft berekend in een studie voorafgaand aan de arbitragezaak.²² Een andere bron heeft het zelfs over meer dan 2 miljard dollar.²³

7. RELIEF SOUGHT

7.1 The Claimant seeks the following relief:

- 7.1.1 A declaration that the Respondent has breached the Netherlands-Nigeria BIT;
- 7.1.2 An award ordering the Federal Government of Nigeria to revoke, cancel and unconditionally withdraw its purported and wrongful reallocation of any and all rights in respect of OPL 245 to Malabu and to fully reinstate and thereafter honour in full the Claimant's rights in respect of OPL 245 with immediate effect;
- 7.1.3 A monetary award for damages suffered as a consequence of any and all breaches of the Netherlands-Nigeria BIT in an amount to be established by the Tribunal, to be increased with interest on all such amounts from the date that the Federal Republic of Nigeria incurred responsibility under international law until payment in full;

Angst Nigeria voor nederlaag

Tijdens een ontmoeting van een Shell-delegatie met een Nigeriaanse minister begin 2008 blijkt dat de Nigeriaanse regering door de arbitragezaak in verlegenheid is gebracht. De minister (waarvan de naam in het gespreksverslag niet genoemd wordt) zegt dat de procedure voor Nigeria 'embarrassing' is, gênant.²⁴

On a leaving note he was quite frank by saying that the arbitration causes embarrassment for the government and that certainly the government has issued contradictory letters on OPL 245 in the past.

De arbitragezaak wordt ook enige tijd opgeschort om onderhandelingen een kans te geven. Als die gesprekken niet vlotten, pakt Shell in 2008 de ICSID-procedure weer op, met de bedoeling om beweging te krijgen in het slepende dispuut over OPL 245.²⁵

245 looks like it will run for a while yet, perhaps the arbitration may kick in some actions?

In het voorjaar van 2010 lijkt die beweging er ook te komen. In een interne mail schrijft Shell-manager Ian Craig aan collega's over de bereidheid van Nigeria (in mails afgekort als FGN) om tot een onderlinge regeling te komen. Eventueel moet de procedure bij het investeringshof weer opgeschort worden als de Nigeriaanse overheid tot een deal bereid is.²⁶

Following initial engagements with the parties there appears to be willingness to settle this prior to the arbitration award. This can be expected up to 90 days (end of June) after the final case hearing takes place which is planned to commence on March 29th and last a week.

The appearance of a third party to buy a share of Malabu's purported participation in the block and FGN willingness to avoid a potential embarrassing arbitration outcome have increased the probability of a settlement. Settlement would be a 50/50 license split between SNUD and Malabu with Malabu reimbursing Shell their 50% share of past costs incurred to date including their share of the signature bonus. In this settlement Shell swaps 50% of its Contractor rights for a 50% licence holder rights (value neutral at RV) and receives some US\$300 mln.

The BIT timeline is tight for Settlement execution. Although the strategy is to negotiate the Settlement agreement in parallel to the arbitration, the possibility of suspending the proceedings may be considered if there are clear indications from FGN that a settlement as per proposed mandate terms is achievable. This suspension should be for a limited period of time in order to execute the settlement. Otherwise BIT should continue its course.

Shell verwacht dat Nigeria uit angst voor een nederlaag in de arbitragezaak graag een regeling treft.²⁷

FGN, represented by Minister of State Petroleum (MoSP) is keen to settle, driven by specific Nigerian political considerations as well avoiding an unfavourable outcome of Netherlands-Nigeria Bilateral Investment Treaty arbitration (the final arbitration hearing is planned to commence on 29th March 2010 and a final irrevocable decision by the arbitration court is expected by mid-year). Malabu is also amenable to settlement (accepts the 50:50 construct although at this point not the payment of past costs to SNUD) having entered into discussions with a 3rd party to divest a major part of (post settlement) interest in OPL 245. We expect that Malabu intends to keep a minor interest following the divestment.

Eind maart 2010 is er een laatste hoorzitting in de arbitragezaak van ICSID, voor deze gelegenheid in Parijs.²⁸ Na afloop schrijft Shell-directeur Peter Robinson aan collega's dat de bijeenkomst voor Shell gunstig verliep. Hij verwacht hernieuwde druk voor Nigeria om snel een akkoord te sluiten met Shell.²⁹

1.3 if for 40% pretty good! Arb went well for us - expect renewed fgn/nnpc pressure to settle after easter. Should be interesting. We need to get line to buyer as soon as possible. P

NB. NNPC is het Nigeriaanse staatsoliebedrijf dat ook een rol speelt in het dispuut rond OPL 245.

Shell bluft over arbitragezaak

Shell gebruikt de arbitragezaak ook om het Nigeriaanse bedrijf Malabu en de oud-minister Dan Etete onder druk te zetten. Hij is in het bezit gekomen van de rechten op OPL 245, en dus nodig om tot een deal te komen. In 2007 vindt er ontmoeting plaats tussen een Shell-delegatie en de omstreden Nigeriaanse oud-politicus en zakenman 'Chief' Etete, die later in Frankrijk veroordeeld wordt wegens witwassen. Shell waarschuwt Etete, zo blijkt uit een gespreksverslag, dat hij zijn rechten op OPL 245 weer kan verliezen als Shell de arbitragezaak bij het ICSID in Washington wint.³⁰

- The ICSID arbitration is against Nigerian govt, not Malabu. Malabu indifferent to cases, as it will get the block or damages from govt. In response, ██████████ agreed that the ICSID arbitration was an action between Shell and Government only, and that Malabu was not directly involved in those proceedings. That said, Malabu would potentially be impacted, to the extent that part of the relief sought by Shell in the ICSID arbitration was cancellation of the purported reallocation of the block to Malabu. Shell's view was that the reallocation of the block to Malabu was an unlawful breach by Government of its treaty obligations, thus providing the basis for Shell's action

Dat is toch vooral bluf van Shell. Het ICSID-tribunaal is namelijk niet bevoegd om de Nigeriaanse overheid te dwingen het oorspronkelijke Production Sharing Contract voor OPL 245 uit 2003 terug te geven; het kan hoogstens een financiële compensatie toekennen voor de waarde van het verloren bezit. Het bedrijf verwacht zelf ook niet het olieblok terug te krijgen door de ICSID-procedure.³¹

The decision by the Arbitration Panel is imminent, following the final hearing in March/ April 2010. This is Treaty based expropriation arbitration between SNUD and FGN. We believe we will be successful (70% POS), which results in a cash award in favor of SNUD, payable by/enforceable against the FGN. Although SNUD's primary demand is for confirmation that the PSC with NNPC stands, it is not likely arbitrators would want to grant such relief.

Alleen financiële compensatie

Shell verwacht dat ze bij een overwinning waarschijnlijk alleen financiële compensatie krijgt. De hoogte van het bedrag is onzeker, waarschijnlijk een bedrag tussen de 500 miljoen en 900 miljoen dollar.³²

The value of the alternative (continuation of the arbitration process) amounts to the expectation outcome of the ongoing litigation. The outcome is highly uncertain and estimated to be in the range of \$500-\$900mln (in the RV price scenario) based on the view of the external counsel supporting the arbitration, considering the following possible outcomes:

Het kan vervolgens nog moeilijk worden voor Shell om de compensatie te incasseren bij de Nigeriaanse overheid. Een akkoord met de Nigeriaanse regering lijkt in haast alle gevallen beter dan voortzetting van de ICSID-procedure.³³

There is a high chance that any compensation award to SNUD will raise further issues related to enforceability of compensation award or to impediments to develop/monetise OPL245 that may occur if/when the arbitration panel would award against FGN, eroding the value associated with continuing the arbitration.

It is clear that in almost all possible cases the proposed settlement yields greater value monetarily and in relationship terms than continued litigation.

Een groot nadeel van de arbitragezaak is dat alle zakelijke relaties van Shell met Nigeria dreigen te verzuren.³⁴

The only alternative to this agreement is continuation of the ongoing BIT arbitration proceedings originally commented by SNUD in April 2007 to completion. Whilst the legal case is considered strong it is not without risks. On the assumption that Shell is successful the arbitration outcome would see Shell awarded a financial settlement in compensation for the loss of BSC contractor rights. Payment would be from FGN to Shell. It is likely that securing the payment will be problematic and impact the FGN/Shell relationship. Further, current legal actions between various parties involved in OPL 245 will continue, will require active management and could result in adverse outcomes for Shell. Moreover, continued arbitration will be a significant impediment to Shell's ability to improve relations with FGN across the breadth of business activities in Nigeria.

Het lukt Shell niet om in 2010 een deal te sluiten met de Nigeriaanse overheid en Malabu over OPL 245. Binnen Shell is er ook twijfel of de ICSID-procedure nog wel werkt als pressiemiddel. In een interne mail van 8 oktober dat jaar aan de Shell-top staat dat een uitspraak in de arbitragezaak, gebaseerd op het BIT Nederland-Nigeria, waarschijnlijk wordt. De schrijver constateert dat de Nigerianen ongevoelig zijn geworden voor druk door de arbitragezaak.³⁵

At present we are heading for a BIT settlement that will probably be enforceable and certainly relationship-damaging with FGN;

- recent FGN moves strengthened his position; and they seem impervious to BIT pressure;

In een document wordt geconcludeerd dat Nigeria niet langer bevreesd lijkt voor gezichtsverlies bij een negatieve uitspraak. De Nigeriaanse regering is daardoor niet geneigd om tot een vriendschappelijke en gunstige regeling voor Shell te komen.³⁶

Following a series of attempts to settle this amicably the appearance of ENI and their willingness to purchase 50% interest in the block for cash has significantly increased the POS of a deal acceptable to all parties. Since the change of administration FGN position has moved against Shell, this is unlikely to change in the short term. The block has been re-allocated to Malabu in full subject to signature bonus payment. The impact of a potentially embarrassing arbitration outcome has lost force and influence in FGN eyes to force an amicable settlement favourable to Shell.

Tot het laatste moment druk op Nigeria

Een maand later blijkt dat toch anders te liggen. Shell krijgt te horen, in een onderhoud met de Nigeriaanse Attorney General (AG), de hoofdaanklager, dat zijn regering wél een onderlinge deal wil met Shell.³⁷

- AG was to brief Mr. President last night;
- Understands (although not in detail of terms) the need for settlement agreement;
- Expects finalization can happen quickly, but willing to mutually suspend arbitration if this is not possible (and fact he used the standard "in next 2.week" probably means we will need to suspend);

De Nigeriaanse hoofdaanklager treedt vanaf het najaar van 2010 op als bemiddelaar in de gesprekken tussen Malabu/Etete, de Nigeriaanse overheid, Shell en het Italiaanse oliebedrijf ENI. De Italianen zijn dan in de onderhandelingen gestapt als partner van Shell. Op 29 april 2011 verwerven beide bedrijven gezamenlijk, in een 'resolution agreement', alle rechten op het olieveld OPL 245 tegen de betaling van 1,3 miljard dollar.

Pas in mei 2011, ruim twee weken nadat de deal over OPL 245 is gesloten, verstuurt het advocatenkantoor Clifford Chance LLP een verzoek aan het ICSID in Washington, namens het Nigeriaanse Shell-dochterbedrijf SNUD, om de procedure tegen Nigeria stop te zetten vanwege de overeenkomst met Nigeria.³⁸ Blijkbaar wilde Shell tot het laatste moment druk op de Nigeriaanse overheid uitoefenen met het BIT Nederland-Nigeria en de daarop gebaseerde arbitragezaak.

"Iedereen in de olie-industrie is bang voor Shell"

Een ander motief voor de gang van Shell naar het investeringshof in Washington is mogelijk ook nog geweest dat de Nederlands-Britse multinational de concurrentie wilde afschrikken. De Nigeriaanse oud-olie-minister Dan Etete slaagde er vanaf 2006 niet in om een partnerschap te sluiten met andere, buitenlandse oliemaatschappijen of investeerders voor de exploitatie van OPL 245 met zijn bedrijf Malabu. Dat blijkt uit een rechtszaak uit 2012/2013 bij het High Court in Londen tegen Etete, aangespannen door een Nigeriaanse bemiddelaar die betrokken was bij de uiteindelijk deal over OPL 245. Etete verklaarde bij dat gerecht dat door de claim van Shell op het Nigeriaanse olieveld eventuele partners werden afgeschrikt.

*"Everybody in the oil industry was scared of Shell and its claim to OPL 245."*³⁹

In de interne mails van Shell wordt ook gesproken over kapers op de kust. De CEO van het Russisch oliebedrijf RUSAL, dat mogelijk ook met Malabu in zee wilde, ontvangt in 2008 van Shell-dochter SNUD een dreigbrief dat ze juridische stappen neemt als de Russen met Malabu of de Nigeriaanse regering een overeenkomst sluiten over OPL 245.⁴⁰

Accordingly we would regard any engagement with either Malabu or the Government by the United Company RUSAL ("RUSAL") to the extent it affects Shell's Contractor rights in OPL 245, as a deliberate and unwarranted interference with Shell's contractual rights under the PSC. We trust you would understand that in such circumstances we would be compelled to institute appropriate legal action against RUSAL to restrain RUSAL from any such interference

In de brief aan RUSAL verwijst Shell ook naar de arbitragezaak die ze heeft aangespannen tegen Nigeria.

To protect our interest Shell has commenced legal proceedings against the Government of the Federal Republic of Nigeria ("the Government") and Malabu.

Betalingen volgens Italiaanse justitie op basis van 'corruption agreement'

Als Shell en ENI in april 2011 de 'resolution agreement' met Nigeria sluiten, stort ENI mede namens Shell meteen een hoofdsom van 1,092 miljard dollar aan de Nigeriaanse overheid, zo stelt de Italiaanse justitie in een reconstructie van de zaak.⁴¹ De Nigeriaanse overheid maakte van dat bedrag weer 800 miljoen dollar over aan het bedrijf Malabu van oud-minister Etete.⁴² Etete zou vervolgens met het grootste deel van het geld steekpenningen hebben betaald aan (ex-)overheidsfunctionarissen en andere personen. De Italiaanse justitie stelt dat er sprake was van een 'corruption agreement':⁴³

This office believes that the sums paid by ENI for transfer to Malabu and EVP originate from a corruption agreement and, for the most part, were intended to bribe senior Nigerian public officials and, in any case, are a profit from the offence of international corruption.

Shell speelde daarbij ook een cruciale rol, aldus de Italiaanse justitie in een rechtshulpverzoek aan Nederland uit 2015.

From the evidence so far collected and outlined above it is clear that also Shell played a crucial role in the illegal activities resulting in the signature of the Resolution Agreement of 29 April 2011 and payment of \$ 1,092,040,000.

Shell en ENI houden vol dat ze nooit op de hoogte waren van de betaling van smeergeld. In september 2018 kwam een Italiaanse rechter in een eerste vonnis in de corruptiezaak, waarbij twee bemiddelaars werden veroordeeld, echter tot de conclusie dat beide bedrijven wél van de malafide betaling geweten moeten hebben.⁴⁴ De hierboven geciteerde mails en documenten tonen verder aan dat de multinational met het BIT Nederland-Nigeria en de daarop gebaseerde arbitragezaak Nigeria onder druk heeft gezet om tot een akkoord over OPL 245 te komen.

Relaties Nigeriaanse dochterbedrijven

Uit de zaak blijkt ook de opportunistische wijze waarop Shell haar complexe bedrijfsstructuur inzet in geschillen. De vereniging Milieudefensie en vier Nigeriaanse boeren hebben tien jaar geleden bij de Nederlandse rechter een procedure aangespannen tegen Shell vanwege de milieuschade die het concern veroorzaakte bij de oliewinning op land in Nigeria. In die zaak, die nog steeds loopt, schuift Shell alle verantwoordelijkheid af op het Nigeriaanse dochterbedrijf SPDC, waar het 100 procent controle over heeft.⁴⁶ Shell zegt geen zeggenschap te hebben over de handelingen van SPDC en weigert de door olievervuiling getroffen boeren te compenseren.⁴⁷

Een soortgelijke zaak in Engeland, aangespannen door 42.500 Nigerianen getroffen door milieuschade, werd in 2017 niet-ontvankelijk verklaard, mede omdat SPDC als een compleet andere entiteit werd gezien. De Engelse rechter concludeerde verder dat, als gevolg van een bedrijfsherstructurering, het moederbedrijf niet aansprakelijk was, omdat het onvoldoende technische expertise bezat en weinig tot geen toezicht had gehouden over het dochterbedrijf. Deze uitspraak stelt Shell in staat om verantwoordelijkheid over de activiteiten van haar dochterondernemingen te ontlopen.⁴⁸

Om haar rechten op een lucratief olieveld veilig te stellen, draait de multinational de verhoudingen echter radicaal om, en stelt dat het Nigeriaanse dochterbedrijf SNUD deel uitmaakt van het Nederlandse moederconcern, en dus ook aanspraak kan maken op de bescherming die het BIT Nederland-Nigeria biedt. Niet alleen claimt advocatenkantoor Clifford Chance LLP dat SNUD voor 99,99 procent in handen is van Shell; uit het arbitrageverzoek blijkt zelfs dat enkele van de hoogste bazen van het moederconcern zich persoonlijk hebben ingespannen om de belangen van de Nigeriaanse dochteronderneming te behartigen jegens de Nigeriaanse overheid.⁴⁹

5.2.3 SNUD has sought to protect and preserve its rights in respect of OPL 245. On 26 January 2007, Mr Jeroen van der Veer, the Chief Executive Officer of Royal Dutch Shell plc, **the ultimate parent company of the Claimant**, wrote to the President of the Federal Republic of Nigeria protesting any such re-allocation of OPL 245 to Malabu and requesting the President's urgent intervention (Exhibit 8). On 7 February 2007, Mr Malcolm Brinded, Executive Director Exploration and Production and himself a Board member of Royal Dutch Shell plc, met with the Nigerian President to discuss the situation.

Shell geeft dus een wisselende uitleg aan de relaties met haar dochterbedrijven in Nigeria om juridische procedures in haar voordeel te laten verlopen, ten koste van de lokale bevolking.

Nigeria loopt miljarden mis

Dat de omstreden deal over OPL 245 nadelig uitpakt voor de inwoners van Nigeria staat wel vast. Een belangrijk deel van de 1,3 miljard dollar die ENI en Shell betaalden aan de Nigeriaanse overheid voor het rijke olieveld, is volgens de Italiaanse justitie doorgesluist als corruptiegeld naar een kleine elite, en werd niet besteed aan onderwijs, gezondheidszorg of andere zaken waar een groot deel van de bevolking iets aan gehad zou hebben.

Nieuw onderzoek van Resources for Development Consultancy, een internationaal onderzoeksbureau over mijnbouw, toont aan dat de zogenaamde 'resolution agreement' uit 2011 voor ENI en Shell bijzonder voordelig uitpakt, en voor de Nigeriaanse staatskas juist bijzonder nadelig.⁵⁰ ENI en Shell hoeven door de overeenkomst weinig belasting af te dragen over de opgepompte olie uit OPL 245, constateert het onderzoeksbureau. Als het fiscale regime had gegolden waaronder het Production Sharing Contract van Shell-dochterbedrijf SNUD in 2003 was gesloten, dan zou de Nigeriaanse overheid tot 2034 14,3 miljard dollar ontvangen, aldus Resources for Development Consultancy. Aan de deal uit 2011 houdt de staatskas van Nigeria nu maar 9,8 miljard dollar over. De Nigeriaanse overheid loopt dus ruim 4,5 miljard dollar mis.⁵¹

Wanneer de gunstige voorwaarden uit de 'resolution agreement' afgezet worden tegen de fiscale voorwaarden waaraan het bedrijf Malabu had moeten voldoen volgens de overeenkomst die zij in 2006 had gesloten met de Nigeriaanse overheid, dan is het nadeel voor Nigeria volgens Resources for Development Consultancy nog groter. Malabu zou nog meer oliekomsten hebben afgedragen aan de staatskas: in totaal een bedrag van 15,6 miljard dollar. Omdat het contract met Malabu voor OPL 245 van tafel is, loopt Nigeria dus een kleine zes miljard dollar mis. Het nadeel voor het land stijgt zelfs verder naar 10,6 miljard dollar als wordt uitgegaan van een hoge olieprijs, zo becijfert Resources for Development Consultancy.⁵²

Grote belastingkorting

Dat is allemaal weer geld dat niet besteed kan worden aan onderwijs, gezondheidszorg en andere publieke voorzieningen waarvan de Nigeriaanse bevolking profijt heeft. Volgens het IMF weten overheden van 'volwassen' olielanden doorgaans 65 tot 85 procent van de opbrengsten uit olievelden af te romen.⁵³ Resources for Development Consultancy berekent dat het aandeel van de Nigeriaanse overheid in de opbrengt van OPL 245 uit zal komen op een schamele 41 procent.⁵⁴ De combinatie ENI en Shell wist in de periode 2005-2013, samen met het Franse bedrijf Total, al een grote belastingkorting in Nigeria af te dwingen over de exploitatie van een gasveld. De Nigeriaanse overheid liep daardoor een bedrag van 3,3 miljard dollar mis.⁵⁵

Shell meent dat de prognoses van Resources for Development Consulting over de misgelopen belastinginkomsten van Nigeria over OPL 245 berusten op 'foute feitelijke vooronderstellingen' en 'verouderde en niet-relevante' data. ENI noemde de conclusie van het bureau "partijdig en inaccuraat"⁵⁶. Resources for Development Consulting stelt daar tegenover dat ze is uitgegaan van cijfers van ENI en Shell zelf over de oliereserves in OPL 245.⁵⁷

Reactie van Shell

SOMO en Milieudefensie hebben een conceptversie van deze reconstructie voorgelegd aan Shell met de mogelijkheid ons te wijzen op feitelijke onjuistheden en ons eventueel van extra informatie te voorzien. In een brief van 29 januari 2019 laat Shell weten dat de beslissing in 2007 om tegen Nigeria een internationale arbitrageprocedure op te starten 'volkomen legitiem' was. Shell schrijft dat toen Nigeria in 2006 het blok van Shell onteigende, het geprobeerd heeft met de regering te onderhandelingen om tot een buitenrechtelijke schikking te komen, maar dat dit mislukte.

Shell verantwoordt de beslissing om vervolgens een ICSID-procedure op te starten als volgt: "Simpelweg weglopen van een investering van deze orde van grootte, zou aandeelhouders te kostbaar zijn en ook de verkeerde boodschap hebben afgegeven aan de Nigeriaanse regering en andere overheden wereldwijd; te weten dat zij vrij zouden zijn bezittingen te mogen onteigenen".

Shell zegt geprobeerd te hebben deze toevlucht tot arbitrage te vermijden, maar zag dit als een "noodzakelijke en legitieme stap om onze rechten en investeringen in het blok te beschermen". Het bedrijf zegt daarbij dat de Nederlandse regering 'volledig op de hoogte' werd gehouden van de arbitrage.

Tot slot benadrukt Shell dat de overeenkomst over OPL 245 in 2011 "een volkomen legale transactie" was en betwist het de berekeningen en conclusies van het rapport van de Resources for Development Consultancy.

Conclusie

Deze reconstructie heeft een uniek kijkje achter de schermen gegeven hoe Shell met behulp van het investeringsverdrag tussen Nederland en Nigeria de druk op de ketel hield om tot een overeenkomst te komen over het lucratieve olieveld OPL 245. Doordat het bedrijf de optie had om een investeringsarbitragezaak te starten, met een ruime financiële compensatie als mogelijk resultaat, had Shell een extra stok achter de deur tijdens de onderhandelingen over de exploitatierechten van het OPL 245 olieblok, een optie die het Nigeriaanse Malabu oil niet had. Uit de interne emails en documenten van Shell blijkt dat de Nigeriaanse overheid de dreiging van een enorme schadevergoeding wel degelijk voelde. Dat wordt ook bevestigd in een interview met de toenmalige Attorney General van Nigeria, die stelt dat de Nigeriaanse overheid bereid was tot een overeenkomst te komen met Shell en Malabu op voorwaarde dat de arbitragezaak zou worden ingetrokken.⁵⁸ Dat deed Shell pas nadat de buit binnen was. Niet alleen zou er bij de omstreden deal corruptie zijn gepleegd volgens de Italiaanse justitie, de fiscale voorwaarden van het nieuwe contract pakken bijzonder goed uit voor het bedrijf, waardoor Nigeria miljarden aan belastinginkomsten dreigt mis te lopen.

Er is een groeiend aantal ISDS-zaken waarbij corruptie ter sprake is gekomen. Het wordt daarbij langzaam duidelijker dat investeringen die met behulp van corruptie tot stand zijn gekomen niet beschermd zijn door bilaterale investeringsverdragen. Dit blijkt uit een aantal relevante ICSID-uitspraken in andere arbitrage-zaken.⁵⁹ In een zaak tegen Ghana concludeerden de arbiters bijvoorbeeld:

"investment will not be protected if it has been created in violation of national or international principles of good faith; by way of corruption, fraud, or deceitful conduct; or if its creation itself constitutes a misuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention".⁶⁰

Ook steeds meer verdragen – waaronder een aantal recente EU verdragen maar ook de nieuwe modeltekst voor Nederlandse investeringsverdragen – ontzeggen bedrijven die met behulp van corruptie of fraude hun investeringen hebben gemaakt van toegang tot ISDS. De ironie is dat bij de investering van Shell in OPL 245 de arbitragezaak en de vermeende betaling van smeergeld hand in hand zijn gegaan.

Maar de vraag is toch bovenal of het nog wel wenselijk en verantwoordelijk is om transnationale economische spelers als Shell, die qua economisch gewicht vaak gelijk aan of zelfs groter dan staten zijn, deze speciale en eenzijdige eigendomsrechten onder internationale verdragen te geven. Want Shell weet hierdoor een bijzonder sterke rechtspositie te bemachtigen in een fragiele staat als Nigeria, terwijl lokale ondernemers en de Nigeriaanse bevolking niet dezelfde rechtstoegang hebben in geval van overheidsmisbruik. Daarbij laat deze reconstructie eens te meer zien dat BITs door multinationals op de verkeerde manier ingezet kunnen worden als drukmiddel jegens overheden, naast het traditionele lobbyen en het dreigen met vertrek. BITs vormen op deze manier dus een belangrijk instrument voor bedrijven om eigen financiële belangen veilig te stellen, zonder dat ze zich veel hoeven aan te trekken van hun maatschappelijke verantwoordelijkheid.

Toch ontkent de Nederlandse regering stellig dat BIT's als politiek machtsmiddel kunnen worden gebruikt door multinationals.⁶¹ In een brief aan de Tweede Kamer onderschrijft de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking Sigrid Kaag het belang van BITs als volgt:

“Tegen de achtergrond van de steeds belangrijker rol die private investeerders spelen in duurzame en inclusieve groei, dragen moderne investeringsakkoorden bij aan het verbeteren van het investeringsklimaat van verdragspartijen. Buitenlandse investeringen kunnen leiden tot extra werkgelegenheid en het aantrekken van kennis en innovatie. Dit is met name van belang voor ontwikkelingslanden, waar het binnenhalen van private investeringen onontbeerlijk is voor het behalen van de *UN Sustainable Development Goals*”.⁶²

Het huidige Nederlandse investeringsbeleid biedt helaas nog onvoldoende garanties dat deze ambities ook waargemaakt kunnen worden. Een werkelijk toekomstgericht model die, in de woorden van minister Kaag, maximale ruimte neemt om investeringen te laten bijdragen aan de SDG's en klimaatbeleid, vergt immers een andere benadering. Investeringsverdragen zouden niet langer uitsluitend over het beschermen van de rechten van buitenlandse investeerders moeten gaan, maar over hun verplichtingen om bij te dragen aan de duurzame economische ontwikkeling van het gastland en de lokale bevolking, en zich te houden aan internationaal geldende normen op gebied van mensenrechten en milieubescherming. Ook zou het investeringsbeleid inclusiever moeten worden, bijvoorbeeld door de lokale bevolking een grotere rol te geven in het monitoren van buitenlandse investeringsprojecten, met de mogelijkheid voor slachtoffers van mensenrechtenschendingen om investeerders daarvoor aansprakelijk te houden.

Data tijdlijn OPL 245

29 april 1998	Toekenning concessie OPL 245 door Nigeriaanse overheid aan Nigeriaanse oliebedrijf Malabu
2 juli 2001	Concessie aan Malabu ingetrokken
22 december 2003	Toekenning OPL 245 door Nigeriaanse overheid aan SNUD, een Nigeriaans dochterbedrijf van Shell
30 november 2006	Toekenning OPL weer aan Nigeriaanse oliebedrijf Malabu
26 januari 2007	Toenmalige CEO Shell Jeroen van der Veer waarschuwt Nigeriaanse president voor juridische stappen op basis van BIT Nederland-Nigeria
26 april 2007	Start arbitragezaak door advocatenkantoor Clifford Chance LLP bij ICSID in Washington namens Shell-dochterbedrijf SNUD, op basis van BIT Nederland-Nigeria
november 2007	Arbitragezaak geschorst om onderhandelingen een kans te geven
december 2008	Arbitragezaak hervat
maart 2010	Hoorzitting ICSID in Parijs
november 2010	Nieuwe onderhandelingen Shell, Eni en Nigeriaanse overheid over OPL 245, onder bemiddeling van Nigeriaanse Attorney General, de hoofdaanklager
29 april 2011	Overeenkomst Shell, Eni en Nigeriaanse overheid over exploitatie OPL 245 door beide oliebedrijven
17 mei 2011	Advocatenkantoor Clifford Chance LLP trekt arbitragezaak bij ICSID namens SNUD in
14 oktober 2015	Italiaanse justitie vraagt Openbaar Ministerie in Nederland om hulp bij corruptie-onderzoek tegen Shell en Eni over OPL 245-deal met Nigeriaanse overheid
17 februari 2016	Inval van Nederlandse opsporingsdienst FIOD bij hoofdkantoor Shell in Den Haag om informatie mee te nemen over OPL 245-deal
19 september 2017	Aangiften van organisaties Corner House, Global Witness, HEDA en Re:Common tegen Shell, de bestuursvoorzitter en drie voormalige Shell-bestuurders bij het Openbaar Ministerie in Nederland
20 december 2017	Italiaanse rechter geeft groene licht voor vervolging van Shell, Eni en meer dan tien personen in zaak OPL 245 in Milaan
september 2018	Veroordeling van eerste twee verdachten in zaak OPL 245, een Italiaanse en Nigeriaanse bemiddelaar

Eindnoten

- 1 Volgens de Italiaanse justitie is bij de uiteindelijke deal over de concessie ook internationale corruptie gepleegd.
- 2 Procura della Repubblica, presso il Tribunale Ordinario di Milano, p.p. 54772//13-21, International Letter of Request, 14 oktober 2015, p. 1.
- 3 Financieel Dagblad, Eerste veroordelingen in Nigeriaanse corruptiezaal Shell, 20 september 2018. <https://fd.nl/ondernemen/1271064/eerste-veroordelingen-in-nigeriaanse-corruptiezaak-shell> (13 januari 2019)
- 4 De Telegraaf, Aangifte tegen Shell, 5 december 2017. <https://www.telegraaf.nl/financieel/1393624/aangifte-tegen-shell-om-corruptiezaak-nigeria> (14 januari 2019)
- 5 NRC, Verzet tegen mogelijke schikking tegen Shell, 14 januari 2019, <<https://www.nrc.nl/nieuws/2019/01/14/verzet-tegen-mogelijke-schikking-shell-a3629053>> (23 januari 2019).
- 6 The Guardian, World has no capacity to absorb new fossil fuel plants, warns IEA, 13 november 2018, <<https://www.theguardian.com/business/2018/nov/13/world-has-no-capacity-to-absorb-new-fossil-fuel-plants-warns-iea>> (23 januari 2019).
- 7 Global Witness, Shell Knew. Emails show senior executive at UK's biggest company knew it was party to a vast bribery scheme, april 2017, <https://www.globalwitness.org/documents/19089/Shell_Knew_2017.pdf> (1 februari 2019)]
- 8 NR. Abati, OPL 245: The most popular oil block, 8 mei 2018, <<https://www.vanguardngr.com/2018/05/opl-245-popular-oil-block/>> (1 februari 2019)]
- 9 UNCTAD website, International Investment Agreements Navigator, "The Netherlands", no date, <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/148#iialnnerMenu>> (21 januari 2019).
- 10 J. Bonnitcha, L.N. Skovgaard Poulsen & M. Waibel, The Political Economy of the Investment Treaty Regime (Oxford: Oxford University Press, 2017), p.16-17.
- 11 UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017, IIA Issues Note 2, juni 2018, <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2018d2_en.pdf> (21 januari 2019).
- 12 TNI, Both ENDS, SOMO & Milieudefensie, 50 jaar ISDS: Een mondiaal machtsmiddel gecreëerd en groot gemaakt door Nederland, 13 januari 2018, <<https://www.somo.nl/wp-content/uploads/sites/2/2018/01/50-jaar-ISDS.pdf>> (21 januari 2019).
- 13 M. Sattorova, The Impact of Investment Treaty Law on Host States: Enabling Good Governance? (Hart Publishing, 2018), p. 61-70; K. Tienhaara, "Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement", Transnational Environmental Law 7(2), 2017, pp. 229-250; G. Van Harten & D.N. Scott, Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada, Osgoode Legal Studies Research Paper No.26/2016, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2700238>.
- 14 E. M. Hafner-Burton, S. Puig & D.G Victor, Against International Settlement? Secrecy, Adjudication and the Transformation of International Law, ILAR Working Paper, januari 2016, <https://ilar.ucsd.edu/_files/publications/working-papers/working-paper-26.pdf> (20 januari 2019).
- 15 Chevron onderstreepte in een vergadering achter gesloten deuren met ambtenaren van de Europese Commissie het belang van ISDS "omdat het als afschrikmiddel werkt". The Guardian, TTIP: Chevron lobbied for controversial legal right as 'environmental deterrent', 26 april 2016, <<https://www.theguardian.com/environment/2016/apr/26/ttip-chevron-lobbied-for-contro> versial-legal-right-as-environmental-deterrent> (20 januari 2019). In september 2018 kwam aan het licht dat het Canadese energiebedrijf Vermillion met een ISDS-claim tegen Frankrijk had gedreigd vanwege een voorstel voor een verbod op toekomstige fossiele energieprojecten. M. Vaudano, How the lobbies used the threat of ISDS to neuter the Hulot Act, 4 september 2018, <<https://www.bilaterals.org/?how-the-lobbies-used-the-threat-of&lang=en>> (20 januari 2019). En in 2009 dreigde het in Hong Kong gevestigde CLP Holdings Ltd met een claim van 'honderden miljoenen dollars' tegen Australië als de invoering van een voorgesteld emissiehandelssysteem zou leiden tot een waardevermindering van de Australische investeringen van het bedrijf. P. Smith, Canberra faces legal challenge on carbon scheme, 24 november 2009, <<https://www.ft.com/content/00cced94-d898-11de-b63a-00144feabdc0>> (20 januari 2019).
- 16 In 2011 besloot de Duitse overheid om bepaalde milieुरichtlijnen af te zwakken nadat het was aangeklaagd door het Zweedse energiebedrijf Vattenfall, dat een schadevergoeding van 1,4 miljard dollar eiste vanwege de striktere regels voor het gebruik van water in een kolencentrale aan de Elbe-rivier. N. Bernasconi-Osterwalder & M.D. Brauch, The state of play in Vattenfall v. Germany II. Leaving the German public in the dark. IISD Briefing Note, december 2014, <<https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/state-of-play-vattenfall-vs-germany-ii-leaving-german-public-dark-en.pdf>> (20 januari 2019).
- 17 Een goed gedocumenteerd voorbeeld is dat Indonesië in 2004 alsnog mijnbouw in beschermd regenwoud toestond als gevolg van de dreiging van ISDS-claims door mijnbouwbedrijven. C. Hamby, The Billion Dollar Ultimatum, 30 augustus 2016, <<https://www.buzzfeednews.com/article/chrisshamby/the-billion-dollar-ultimatum>> (20 januari 2019). En in 2007 diende ConocoPhillips een ISDS-claim van maar liefst 30 miljard dollar in tegen Venezuela nadat de regering een meerderheidsbelang overnam in vier olieprojecten in het Orinoco-bekken. Andere getroffen bedrijven gingen na onderhandelingen met de regering akkoord; sommige bleven aan als minderheidspartner, andere kregen een schadevergoeding van rond de 1 miljard dollar. Uit Wikileaks-documenten uit 2008 blijkt dat, in tegenstelling tot wat het bedrijf beweerde in de media, een vertegenwoordiger van het bedrijf aan de Amerikaanse ambassade doorgaf dat de onderhandelingen met de Venezolaanse regering over een compensatie vlot verliepen en dat deze zich redelijk opstelde. Het heeft er alle schijn van dat het bedrijf via ISDS een hogere schadevergoeding probeerde af te dwingen. B.J. Verbeek & L. van der Burg, Bescherming voor Klimaatvervuilers. Nederlandse investeringsverdragen als obstakel voor de energietransitie, februari 2018, <https://milieudefensie.nl/actueel/bits-rapport_bescherming-klimaat-vervuilers.pdf@@download/file/Bits%20Rapport_bescherming%20klimaat%20vervuilers.pdf> (20 januari 2019).
- 18 J. van der Veer, Chief Executive Officer, Royal Dutch Shell, brief 26 januari 2007.
- 19 Clifford Chance LLP, Request For Arbitration, In the matter of an arbitration before the International Centre for Settlement of Investment Disputes, 26 april 2007.
- 20 Idem
- 21 Shell Nigeria Ultra Deep Limited v. Federal Republic of Nigeria, ICSID Case No. ARB/07/18. <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/257>> (21 januari 2019).
- 22 Shell Nigeria Ultra Deep Limited, OPL245 Block December 2006 Valuation Study..

- 23 S. Yusuff, Leaked documents reveal how Shell blackmailed Nigeria in Malabu deal, 1 januari 2018, <<http://petrobarometer.thecable.ng/2018/01/01/leaked-documents-reveal-how-shell-blackmailed-nigeria-in-malabu-deal/>> (23 januari 2019).
- 24 In house counsel, Shell, email 18 januari 2008.
- 25 Simon Henry, toenmalig executive vice president finance, Shell, email 25 juni 2008.
- 26 Ian Craig, Executive Vice President Sub-Saharan Africa, Shell, email 17 maart 2010.
- 27 Shell Nigeria Ultra Deep Ltd, Proposal to Commence Negotiations (PCN), 29 maart 2010, p. 2.
- 28 International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), In the proceedings between SNUD (claimant) and Federal Republic of Nigeria (Respondent), (ICSID case no. ARB 07/18), 1 augustus 2011, Procedural Order, p. 3.
- 29 Peter Robinson, toenmalig Vice President Sub-Saharan Africa, email 2 april 2010.
- 30 Medewerker, Shell, email 29 april 2007.
- 31 SNUD Ltd, Brief OPL 245, 23 september 2010,
- 32 SNUD Ltd, Proposal to Commence Negotiation, 29 maart 2010.
- 33 Idem
- 34 SNUD Ltd, Group Investment Proposal, 10 september 2008.
- 35 Medewerker, Shell, email 8 oktober 2010.
- 36 Shell, Cover note OPL 245, email 1 oktober 2010.
- 37 Shell, Status update OPL 245, email 27 oktober 2010.
- 38 Clifford Chance LLP, brief aan Secretary to the Tribunal International Court for Settlement of Investment Disputes, 17 mei 2011.
- 39 High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court, 17 juli 2013, Judgment, p. 11.
- 40 Shell Nigeria Ultra Deep Limited, brief 17 oktober 2008.
- 41 Procura della Repubblica, presso il Tribunale Ordinario di Milano, p.p. 54772//13-21, International Letter of Request, 14 oktober 2015, p. 4.
- 42 Idem p. 5
- 43 Idem p. 10
- 44 Idem p. 12
- 45 Financieel Dagblad, "Rechter: Shell wist van corrupte betaling in Nigeria", 17 december 2018, <<https://fd.nl/ondernemen/1282439/italiaanse-rechter-shell-wist-van-corrupte-betaling>> (13 januari 2019).
- 46 Royal Dutch Shell, Annual Report and Form 20-F 2017, <https://reports.shell.com/annual-report/2017/servicepages/downloads/files/shell_annual_report_2017.pdf> (28 januari 2019).
- 47 De Brauw Blackstone Westbroek, Memorie van antwoord fase 1 (in zaken A tot en met E) tevens memorie van antwoord in incidenteel appel fase 1 (in zaak F) tevens antwoordakte uitlating appeldagvaarding (in zaak C), 23 december 2014, <<https://milieudefensie.nl/actueel/mva-fase-shell-op-grievens-md-fase-1.pdf@@download/file/MvA%20fase%20Shell%20op%20grievens%20MD%20fase%201%20.pdf>> (23 januari 2019).
- 48 D. Blackburn, Removing Barriers to Justice. How a treaty on business and human rights could improve access to remedy for victims, augustus 2017, <<https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2017/08/Removing-barriers-web.pdf>> (20 januari 2019), p.24.
- 49 Clifford Chance LLP, Request For Arbitration, In the matter of an arbitration before the International Centre for Settlement of Investment Disputes, 26 april 2007, p. 6.
- 50 Don Hubert, Resources for Development Consulting, Government Revenues from OPL 245, Assessing The Impact of Different Fiscal Terms, November 2018. <<http://www.res4dev.com/wp-content/uploads/2018/12/R4D-Nigeria245-GovernmentRevenueAnalysis-Final12.12.1.48.pdf>> (13 januari 2019).
- 51 Idem, p. 15
- 52 Idem p. 27
- 53 International Monetary Fund, Fiscal regime for extractive industries: Design and implementation, 15 augustus 2012, <<https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2012/081512.pdf>> (13 januari 2019).
- 54 Don Hubert, Resources for Development Consulting, Government Revenues from OPL 245, Assessing The Impact of Different Fiscal Terms, November 2018. <<http://www.res4dev.com/wp-content/uploads/2018/12/R4D-Nigeria245-GovernmentRevenueAnalysis-Final12.12.1.48.pdf>> (13 januari 2019), p.15.
- 55 SOMO, How Shell, Total and ENI benefit from tax breaks in Nigeria's gas industry. The case of Nigeria Liquefied Natural Gas Company (NLNG), January 2016, <<https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2016/02/How-Shell-Total-and-Eni-benefit-from-tax-breaks-in-Nigerias-gas-industry.pdf>> (13 januari 2019).
- 56 Don Hubert, Resources for Development Consulting, Government Revenues from OPL 245, Assessing The Impact of Different Fiscal Terms, November 2018. <<http://www.res4dev.com/wp-content/uploads/2018/12/R4D-Nigeria245-GovernmentRevenueAnalysis-Final12.12.1.48.pdf>> (13 januari 2019), p.26.
- 57 Idem p.2
- 58 TheCable, Interview: Abacha family using EFCC to humiliate me over Malaby, says Adoke, 18 april 2017, <<https://www.thecable.ng/interview-abacha-family-using-efcc-humiliate-malabu-says-adoke>> (23 januari 2019).
- 59 R. Cowley, S. Sprague & A. Bridi, Investor corruption, bilateral investment treaties & international arbitration, 27 januari 2014, <<https://www.counter-fraud.com/fraud-types-a-m/bribery-and-corruption/investor-corruption-bilateral-investment-treaties-international-arbitration-96064.htm>> (23 januari 2019).
- 60 Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award 18 juni 2010, <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>> (23 januari 2019).
- 61 S. Kaag, Antwoorden van de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking op vragen van het lid Alkaya (SP) over het rapport '50 jaar ISDS', 16 februari 2018, <<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2018/02/16/beantwoording-kamervragen-over-rapport-50-jaar-isds/beantwoording-kamervragen-over-rapport-50-jaar-isds.pdf>> (18 januari 2019).
- 62 S. Kaag, Kamerbrief over modeltekst investeringsakkoorden, 26 oktober 2018, <<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2018/10/26/kamerbrief-over-modeltekst-investeringsakkoorden/kamerbrief-over-modeltekst-investeringsakkoorden.pdf>> (23 januari 2019).

Colofon

Auteur: Bart-Jaap Verbeek (SOMO), Maarten Bakker

Met een bijdrage van: Freek Bersch (Miliedefensie)

Layout: Frans Schupp

Foto: Milieudefensie / Oscar Stokvis

ISBN: 978-94-6207-142-1

Deze publicatie is mede mogelijk gemaakt door financiering door het Ministerie van Buitenlandse Zaken en Open Society Foundations. De inhoud van de publicatie is de volledige verantwoordelijkheid van SOMO en reflecteert niet noodzakelijkerwijs de positie van deze financiers.



Milieudefensie werkt aan een duurzaam en eerlijk Nederland. Dat doen we al bijna 50 jaar met succes. Met onze campagnes werken we aan het grootste probleem van nu, klimaatverandering. Als onafhankelijke milieuorganisatie zijn we bondgenoot van iedereen die daaraan wil bijdragen. Samen zorgen we dat overheden en bedrijven veranderen.



Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen
Centre for Research on Multinational Corporations

Sarphatistraat 30
1018 GL Amsterdam
The Netherlands
T: +31 (0)20 639 12 91
F: +31 (0)20 639 13 21
info@somo.nl
www.somo.nl

Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO) is een kritisch, onafhankelijk kenniscentrum, zonder winstoogmerk, gericht op multinationals. SOMO onderzoekt sinds 1973 op eigen initiatief multinationals en de gevolgen van hun activiteiten op mens en milieu.

