

[su carta intestata del Prof. ODITAH]

**ILLUSTRISSIMI GIUDICI
DEL TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE SETTIMA PENALE**

**Dr. Marco Tremolada
Dr. Mauro Gallina
Dr. Alberto Carboni**

**Proc. pen. n. 54772/13 R.G. N.R. e N.R.G. Tribunale
1351/2018**

22 marzo 2019

**Prof. Fidelis Oditah QC, SAN, consulente tecnico
nominato da Eni S.p.A. nel summenzionato procedimento
penale presenta il seguente:**

PARERE

**RELATIVO ALLA CONFORMITA' DELL'ASSEGNAZIONE
DELLA CONCESSIONE DI PROSPEZIONE PETROLIFERA N.
245, OFFSHORE NIGERIA ALLA POLITICA DI
INDIGENIZZAZIONE DELLE CONCESSIONI ADOTTATA DAL
GOVERNO NIGERIANO**

INDICE

A. INTRODUZIONE	Pagina 3
B. I MIEI TITOLI E LA MIA ESPERIENZA	Pagina 3
C. SINTESI DEL MIO PARERE	Pagina 5
D. PROGRAMMA DI CONCESSIONI A SOGGETTI NIGERIANI (<i>INDIGENOUS CONCESSION PROGRAMME</i>)	Pagina 6
Introduzione del Programma di Concessioni a Soggetti Nigeriani	Pagina 6
Caratteristiche dell'ICP	Pagina 8
Obiettivi e Flessibilità dell'ICP	Pagina 10
ICP e Superfici in Acque Profonde	Pagina 13
E. ASSEGNAZIONE DELL'OPL 245 A MALABU	Pagina 19
F. COMITATO CHRISTOPHER KOLADE DEL 1999	Pagina 22
G. <i>FARM-IN</i> DA PARTE DI SHELL E REVOCA DELL'OPL 245	Pagina 25
Modifica contrattuale	Pagina 30
Rinuncia	Pagina 31
Legittimo Affidamento	Pagina 32
L'offerta di SNUD per l'OPL 245	Pagina 37
H. CONTENZIOSO SULLA REVOCA DELL'OPL 245 E L'ACCORDO TRANSATTIVO DEL 2006	Pagina 37
Il contenzioso di Malabu presso l'Alta Corte Federale del 2003	Pagina 37
La sentenza del Giudice Nyako del 16 marzo 2006	Pagina 40
Accordo Transattivo del 2006 e Sentenza di Accoglimento	Pagina 41
L'Accordo Transattivo del 2006 era legittimo?	Pagina 43
Era Ragionevole per il FGN Transare il Giudizio di Impugnazione pur Essendo Risultato Vittorioso in Primo Grado?	Pagina 44
L'Accordo Transattivo del 2006 e la Sentenza di Accoglimento sono validi?	Pagina 49
I. CONCLUSIONE	Pagina 51

A. INTRODUZIONE

1. Mi è stato chiesto di rendere il mio parere circa la conformità dell'assegnazione della concessione di prospezione petrolifera ("**OPL**") numero 245 rilasciata a Malabu Oil and Gas Limited ("**Malabu**") alla politica di indigenizzazione delle concessioni adottata dal governo federale nigeriano ("**FGN**"). In particolare, mi è stato chiesto, di considerare tale questione alla luce dell'assegnazione iniziale della OPL 245 a Malabu nel 1998, della revoca e della riassegnazione della OPL nel 2002, del contenzioso successivo alla revoca e dell'accordo transattivo del 2006 che ha determinato la composizione e risoluzione di tale contenzioso.
2. In allegato al presente Parere è riportato una bibliografia – libri di testo, casi e testi normativi - a cui faccio riferimento nel presente Parere.

B. I MIEI TITOLI E LA MIA ESPERIENZA

3. Tra i diversi titoli e incarichi posso citare Queen's Counsel in Inghilterra, Senior Advocate in Nigeria, Membro del Lincoln Inn, Inghilterra, Presidente della Divisione nigeriana dell'International Law Association (ILA), Professore a contratto di Diritto all'Università di Oxford, nonché Membro del Consiglio di Amministrazione della Fondazione per l'Avvocatura dell'Arbitrato Internazionale (Ginevra). Ho conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione forense in Inghilterra nel 1993 e sono stato nominato Queen's Counsel in Inghilterra nell'aprile 2003. Ho ottenuto l'abilitazione all'esercizio della professione forense in Nigeria nel 1985 e sono stato nominato Senior Advocate in Nigeria nel settembre 2004.
4. Esercito la professione forense in Inghilterra e in Nigeria in relazione a un'ampia gamma di materie. In Inghilterra esercito in qualità di Queen's Counsel nell'ambito del diritto commerciale, giudiziale e stragiudiziale, dedicandomi in particolare all'arbitrato, al contenzioso e alla consulenza in materia di diritto commerciale generale, bancario, societario, fallimentare e petrolifero. Ho maturato una solida esperienza nel

contenzioso e negli arbitrati in materia commerciale e spesso ricopro la carica di arbitro in un'ampia tipologia di controversie commerciali.

5. In Nigeria, la mia attività abbraccia i settori del diritto petrolifero, delle infrastrutture, societario e commerciale generale. Ho maturato una solida esperienza nel contenzioso e una crescente esperienza in materia di arbitrati commerciali a livello domestico e internazionale in qualità di avvocato, arbitro e consulente. In particolare ho svolto il ruolo di consulente, consigliere e/o esperto del Governo Federale nigeriano in alcune delle più importanti controversie in materia petrolifera ed energetica. Assisto e ho assistito altresì diverse società petrolifere internazionali nonché piccole e medie imprese petrolifere nel contenzioso giudiziario e arbitrale.
6. Sono il primo Presidente della Divisione nigeriana della International Law Association (ILA), il primo Presidente del Consiglio africano della Corte Arbitrale Internazionale di Londra (LCIA) e un ex membro della Corte LCIA.
7. Ho insegnato in molti corsi e pubblicato numerosi articoli in materia di esercizio della professione legale, del contenzioso civile, degli arbitrati commerciali, del diritto pubblico, di contratti, del diritto bancario, societario e fallimentare.
8. Ho studiato presso le Università di Lagos (LLB (Hons)) e Oxford (MA, BCL, DPhil) dove sono stato Ricercatore del Commonwealth grazie a una borsa di studio assegnatami dal Governo del Regno Unito tra il 1986 e il 1989.
9. Tra il 1989 e il 1998 sono stato Borsista e Assistente di Diritto al Merton College, Oxford e Docente di diritto finanziario societario presso l'Università di Oxford (cattedra Travers Smith). Ho insegnato diverse materie a studenti laureandi e laureati, tra cui diritto dei contratti, dei trust, diritto societario e diritto finanziario e fallimentare societario. Ho supervisionato ed esaminato vari dottorandi sia a Oxford che in altre

università. Sono stato altresì esaminatore esterno presso le Università di Bristol, Nottingham e presso la London School of Economics and Political Science. Sono stato Professore a contratto presso la University of Virginia Law School nell'autunno del 1992. Ho abbandonato l'insegnamento a tempo pieno a Oxford nel 1998 per proseguire la mia carriera di avvocato nell'ambito del diritto commerciale, giudiziale e stragiudiziale, nella Città di Londra, ma ho mantenuto il ruolo di Professore a contratto e in tale veste supervisiono ed esamo dottorandi e, di tanto in tanto, tengo seminari per i laureati.

C. SINTESI DEL MIO PARERE

10. Per le ragioni che espongo di seguito, sono del parere che:

- a. L'articolo 2 del Petroleum Act del 1969, che è fonte principale del potere statutario di assegnare superfici petrolifere in Nigeria, prevede solo assegnazioni di carattere diretto. Le assegnazioni sulla base di gare d'appalto competitive o selettive non sono obbligatorie e si fondano su programmi di indirizzo politico.
- b. A partire dal 1991, il FGN, in attuazione di un'ampia politica di indigenizzazione dell'economia nigeriana che era stata applicata già a molti settori già dal 1977, ha cercato di incoraggiare soggetti nigeriani a divenire proprietari di superfici petrolifere. Tale politica di indigenizzazione del settore *upstream* degli idrocarburi (*Oil&Gas*) era stata resa nota sotto il nome di Programma di concessione a soggetti nigeriani (*Indigenous Concession Programme* – "**ICP**").
- c. Nell'annunciare e attuare l'ICP, il FGN non aveva come obiettivo primario quello di massimizzare i profitti o le rendite sulle superfici petrolifere nigeriane. L'obiettivo primario del FGN era invece quello di incoraggiare l'imprenditoria nigeriana nel settore petrolifero e di assegnare le risorse petrolifere del paese a soggetti nigeriani piuttosto che a compagnie petrolifere internazionali (*International Oil Companies* – "**IOCs**").

- d. Nelle assegnazioni effettuate ai sensi dell'ICP, il FGN non ha applicato rigidamente i criteri per l'assegnazione delle superfici stabiliti dalla normativa del settore petrolifero, per esempio la capacità tecnica e finanziaria di esplorare e sviluppare la superficie petrolifera dal momento che ci si aspettava che gli assegnatari locali trovassero un partner estero che avesse le risorse tecniche e finanziarie richieste.
- e. L'assegnazione dell'OPL 245 a Malabu nel 1998 era stata effettuata in conformità all'ICP.
- f. La revoca del luglio del 2001 era invalida e non aveva rispettato i requisiti sostanziali e procedurali della normativa petrolifera nigeriana.
- g. La decisione del Tribunale, in primo grado, del 16 marzo 2006 nel contenzioso tra Malabu e il FGN era errata e contraria alla normativa nigeriana. In particolare era contraria alla decisione della Corte Suprema della Nigeria nel caso *FGN contro Zebra Energy* (2002) 18 NWLR (Pt 798) 162, che era vincolante per il giudice di primo grado ai sensi del principio dello *stare decisis*. L'appello di Malabu contro la decisione avrebbe sicuramente avuto esito positivo in Corte d'Appello.
- h. La composizione della lite nel 2006, che ha determinato la riassegnazione dell'OPL 245 in capo a Malabu, era corretta e riparava due torti: il primo, l'illegittimità e invalidità della revoca della concessione pretesa nel 2001; il secondo, l'errata decisione del giudice di primo grado nel contenzioso che ne era derivato.

D. PROGRAMMA DI CONCESSIONE A SOGGETTI NIGERIANI (INDIGENOUS CONCESSION PROGRAMME)

Introduzione del Programma di Concessione a Soggetti Nigeriani

- 11. Dal 1972 il FGN aveva perseguito una politica di indigenizzazione dell'economia nigeriana con l'obiettivo di dare ai cittadini nigeriani una maggiore opportunità di partecipare ad attività economiche in Nigeria,

di incoraggiare la formazione di capitale locale e di mantenere, in misura maggiore rispetto a quanto accadeva fino a quel momento, in Nigeria i profitti derivanti dalle attività economiche svolte nel paese. L'espressione più concreta di tale politica è stata la promulgazione delle Leggi sulla promozione delle imprese nigeriane del 1977 e del 1989 (anche note come Leggi di indigenizzazione), che limitavano la proprietà straniera delle imprese in Nigeria e la proprietà straniera di partecipazioni azionarie di società costituite e operanti in Nigeria. Queste leggi avevano tre allegati: le attività commerciali elencate all'interno dell'allegato 1 erano riservate esclusivamente a soggetti nigeriani; gli stranieri potevano solo detenere un massimo del 60% delle attività commerciali elencate all'interno dell'allegato 2 e il 40% di quelle elencate all'interno dell'allegato 3. Ai sensi di tale legislazione, gli investitori stranieri nell'economia nigeriana, in settori diversi da quello petrolifero, sono stati costretti a cedere la partecipazione nelle loro società a favore dei nigeriani per rispettare la legge¹.

12. Nel 1991 il FGN ha annunciato un programma intensivo di partecipazione locale all'industria petrolifera nigeriana. L'ICP, è stato attuato attraverso l'assegnazione diretta di superfici alle compagnie petrolifere locali e attraverso la concessione di un trattamento preferenziale agli offerenti locali nella gara d'appalto per le superfici del 1991. A differenza delle Leggi di Indigenizzazione del 1977 e del 1989, l'ICP non è mai stata riflessa in una legge, in un regolamento o in un documento. Le sue condizioni venivano elaborate dal Dipartimento delle risorse petrolifere (*Department of Petroleum Resources* – "**DPR**") e riflesse nelle singole lettere di assegnazione ai sensi dell'ICP.

13. Ai sensi dell'ICP, sono stati assegnati in via diretta blocchi petroliferi a una serie di società locali quali Summit Oil International Ltd, Yinka

¹ La Legge di Indigenizzazione del 1989 (l'ultima tra le varie leggi di indigenizzazione) è stata abrogata nel 1995 dalla Legge di abrogazione della Legge sulla promozione delle società nigeriane in virtù del processo di privatizzazione e liberalizzazione dell'economia nigeriana e della volontà di incoraggiare la ripresa degli investitori stranieri in Nigeria. Con l'abrogazione della legge in oggetto è venuta meno la limitazione alla proprietà straniera delle società nigeriane e agli investitori esteri veniva garantita la possibilità di effettuare agevolmente rimesse di capitali e profitti in valuta straniera fuori dal territorio nigeriano.

Folawiyo Petroleum Company Limited, Consolidated Oil Ltd (ora Conoil Ltd), Atlas Petroleum Company Ltd, Amni International Petroleum Development Company Ltd, Moni Pulo Nigeria Ltd, Niger Delta Petroleum Resources Ltd, Allied Energy Nigeria Ltd, Cavendish Petroleum Nigeria Ltd, Peak Petroleum Industries Nigeria Ltd ed Express Petroleum and Gas Company Ltd.² Alcune di queste società proseguono attualmente la produzione di petrolio greggio e gas.

Caratteristiche dell'ICP

14. Come ho osservato sopra, l'ICP non si basava su alcuna normativa, documento scritto o su linee guida generali o specifiche. Si trattava dell'annuncio di un programma politico del Professor Jibril Aminu, all'epoca Ministro del Petrolio, i cui dettagli sono stati elaborati dal DPR e sono riportati nelle condizioni di assegnazione. Le assegnazioni in base all'ICP avevano generalmente le seguenti caratteristiche.

15. In primo luogo, si trattava di assegnazioni dirette *sole risk* (i.e. a rischio esclusivo) alle società locali, in linea con l'articolo 2, comma 1 del Petroleum Act del 1969, che conferisce al Ministro il potere di assegnare superfici petrolifere. Tuttavia il FGN si riservava il diritto di acquisire una partecipazione nella superficie petrolifera in qualunque momento nell'ambito della durata di una concessione di estrazione petrolifera (*Oil Mining Lease* - "**OML**") nella quale l'OPL veniva convertita. In sostanza, il FGN si riservava un diritto di *back-in* (i.e. un diritto di rientro/subentro) nelle superfici assegnate laddove l'esplorazione era stata completata e la superficie resa esente da rischi. Questo meccanismo viene definito come diritto di *back-in* del FGN ed è ammesso dall'articolo 35 dell'allegato 1 al Petroleum Act e, nel caso di superfici profonde *offshore*, dai Regolamenti sui diritti di *back-in* e sull'assegnazione alle società dei blocchi in acque profonde del 2003.

16. In secondo luogo, gli assegnatari dovevano essere società di proprietà di nigeriani piuttosto che portatori di interessi stranieri o entità straniere.

² Adedolapo Akinrele, **Nigeria Oil and Gas Law** (OGEL, 2005), 91-92.

17. In terzo luogo, le superfici assegnate erano relativamente agevolate da sfruttare, sulla base dei dati sismici e di altra natura disponibili.
18. In quarto luogo, l'assegnatario veniva ritenuto l'operatore e doveva avere un amministratore delegato nigeriano. Quando la società locale aveva un amministratore delegato straniero, lo straniero doveva essere un dipendente dell'azienda nigeriana.
19. In quinto luogo, le società locali non erano tenute a stipulare contratti di condivisione della produzione ("**PSC**") con la Nigerian National Petroleum Corporation ("**NNPC**") al momento dell'assegnazione a loro favore delle superfici, come le società petrolifere straniere erano tenute a fare rispetto alle superfici petrolifere, sebbene vi fossero tenute nell'eventualità e nel momento in cui il FGN avesse esercitato i suoi diritti di *back-in* o di *clawback* per partecipare in qualità di comproprietario di una quota indivisa nella relativa OML in cui l'OPL è stata convertita.
20. In sesto luogo, alle società locali veniva concesso di vendere fino al 40% dei loro diritti sul blocco petrolifero a partner tecnici e finanziari stranieri. La limitazione delle cessioni al 40% era finalizzata a garantire che le società locali non diventassero sub-locatori o soggetti alla mera ricerca di una rendita.
21. In settimo luogo, alle società locali non era concesso di stipulare accordi di *joint venture* con società straniere già operative in attività di esplorazione e produzione in Nigeria. Alle stesse veniva richiesto di cercare nuovi partner stranieri che non avessero precedentemente lavorato nel settore petrolifero nigeriano. Questo perché il FGN stava cercando, attraverso l'ICP, di ampliare la base esplorativa e produttiva al fine di attrarre nuovi investimenti nel proprio territorio.
22. Infine, nelle assegnazioni ai sensi dell'ICP, il FGN non applicava strettamente i criteri per l'assegnazione delle superfici petrolifere di cui alla normativa petrolifera come, per esempio, il possesso delle capacità

tecniche e finanziarie necessarie per esplorare e sviluppare le superfici petrolifere, dal momento che ci si aspettava che gli assegnatari locali trovassero un partner straniero con tali capacità operative. Alcune delle società locali hanno concluso accordi di *joint venture*, in alcuni casi di accordi di "carry", in cui la quota di capitale e i costi operativi delle società locali sono stati "riportati" o finanziati dalla società straniera. Tale finanziamento può coprire la totalità o una parte significativa del bonus di firma dovuto al Governo.³ Ciò è significativo in quanto dimostra come nell'ambito dell'ICP il Governo non si attendesse che gli assegnatari pagassero il bonus di firma con risorse proprie o necessariamente entro i termini stabiliti nelle comunicazioni di assegnazione.

Obiettivi e Flessibilità dell'ICP

23. Gli obiettivi dell'ICP erano: (a) ampliare la portata della partecipazione nigeriana nel settore *upstream* dell'industria petrolifera (b) diversificare le fonti di investimento e ampliare la base della produzione petrolifera; (c) aumentare le riserve accertate di petrolio e gas; (d) garantire che i nigeriani traessero direttamente vantaggio dalle risorse naturali del paese; (e) ottenere il trasferimento di tecnologia ai nigeriani; (f) sviluppare la capacità locale; (g) ridurre la dipendenza dalle IOCs per l'esplorazione e la produzione petrolifera e (h) ottenere un maggiore controllo interno delle risorse nigeriane di petrolio e gas.

24. Sotto l'egida dell'ICP le autorità di regolamentazione sono state flessibili nell'interpretazione e nell'applicazione della legge sul petrolio in Nigeria, almeno per quanto riguardava le assegnazioni di superfici fatte in applicazione dell'ICP.

25. L'articolo 6 dell'allegato 1 del Petroleum Act del 1969 stabilisce che "la durata di una licenza di prospezione petrolifera è stabilita dal Ministro, ma non deve superare i cinque anni (compreso l'eventuale periodo di rinnovo)". In alcuni casi, comunque, le concessioni esplorative (OPL)

³ G Etikerentse, **Nigerian Petroleum Law** (Dredew, 2^a ed., 2004), 96.

assegnate all'inizio degli anni '90 ai sensi dell'ICP hanno conservato la loro efficacia, sebbene non convertite in OML, nonostante la durata massima di tali concessioni di esplorazioni su superfici *offshore* in acque non profonde era pari a 5 anni e fosse da tempo scaduta. Un valido esempio della flessibilità dell'ICP è l'assegnazione dell'OPL 310 a Optimum Petroleum Development Ltd ("Optimum"), precedentemente nota come MLM Petroleum Ltd. Con lettera del 3 febbraio 1992, il DPR ha comunicato a Optimum che il Ministro le aveva assegnato l'OPL 310 in cambio dell'OPL 454 a rischio esclusivo diretto, subordinatamente al pagamento di 1 milione di dollari statunitensi a titolo di "bonus di firma e valore di riserva" e alle altre condizioni stabilite nella lettera di assegnazione. La concessione è stata formalizzata il 27 luglio 1993 ma ha avuto inizio il 3 febbraio 1992. Optimum non ha mai pagato 1 milione di dollari statunitensi a titolo di "bonus di firma e valore di riserva". Con lettera del 10 giugno 2008 - oltre 16 anni dopo la concessione dell'OPL 310 a Optimum e intitolata "Nuova convalida dell'OPL 310", il DPR ha scritto a Optimum quanto segue:

"Facciamo riferimento alla vostra domanda del 1° gennaio 2008 per la nuova convalida dell'OPL 310 e la proroga della durata del blocco.

La vostra domanda è stata valutata e il Governo ha stabilito che l'OPL 310 sia riassegnata alla vostra società per un periodo di 10 (dieci) anni, subordinatamente al pagamento di 30 milioni di dollari statunitensi come bonus di firma per la riassegnazione per consentire di adempiere all'impegno del programma di lavoro.

Alla luce di quanto sopra, siete tenuti ad effettuare il pagamento dell'importo da voi proposto e approvato dal Governo, ossia,

1. 10 milioni di USD entro il 10 settembre 2008
2. 10 milioni di USD al momento della conversione in OML
3. 10 milioni di USD all'inizio della produzione..."

26. La ragione per la "nuova convalida" e la "riassegnazione" dell'OPL 310 a Optimum nel giugno 2008 è che nel frattempo Optimum aveva individuato un investitore - Afren plc, allora quotata sulla Borsa di Londra - che aveva accettato di acquistare una quota del 40% nell'OPL 310. Afren Plc, attraverso la sua controllata al 100% nigeriana, Afren

Investments Oil and Gas (Nigeria) Ltd, aveva acquistato una quota del 40% nell'OPL 310 e aveva accettato di effettuare il primo pagamento del bonus di firma pari a 10 milioni di dollari statunitensi direttamente al Governo nigeriano, provvedendovi entro il 10 settembre 2008. Afren e Optimum hanno sottoscritto un contratto di partecipazione, un contratto di assistenza tecnica, un contratto di *farm-in*⁴, un atto di cessione, un contratto di ripartizione della produzione e dei ricavi e un accordo di gestione comune.

27. Si può notare come le condizioni, scritte e non, dell'OPL 310 fossero estremamente flessibili. A titolo esemplificativo, ai sensi dell'articolo 6 dell'allegato 1 del Petroleum Act del 1969, la durata massima che poteva essere accordata dal Ministro per l'OPL 310 era di 5 anni. Tuttavia, l'OPL 310 è stata concessa il 3 febbraio 1992, "nuovamente convalidata" e "riassegnata" nel 2008, con effetto dall'11 febbraio 2009 ed è scaduto l'11 febbraio 2019, dopo 27 anni.

28. Il bonus di firma di 1 milione di dollari statunitensi, previsto nella lettera di assegnazione del 3 febbraio 1992, non è mai stato versato. Il bonus di firma di 30 milioni di dollari statunitensi previsto nella comunicazione della "nuova convalida" del giugno 2008 è stato imposto, in primo luogo, quando Optimum ha individuato un investitore straniero - Afren Plc -, in secondo luogo, scaglionato ed esigibile in tre rate nell'arco di un periodo potenzialmente indefinito che termina con l'inizio della produzione, e, in terzo luogo, i primi 10 milioni di dollari statunitensi sono stati versati da Afren Plc. Ciò significava non solo che Optimum non ha mai pagato un centesimo del proprio patrimonio per qualsivoglia bonus di firma, ma che era protetta dal rischio che l'OPL 310 non potesse mai essere convertita in OML, ad esempio, perché non venivano scoperti volumi commerciali di petrolio o gas durante la fase di esplorazione. Ciò significava che se l'OPL 310 non fosse stata convertita in OML, non ci

⁴ Farm-in è il termine tecnico utilizzato nel settore petrolifero per indicare un'operazione in virtù della quale una società, che non detiene alcuna concessione su una determinata area, può acquisire una partecipazione da uno dei concessionari effettivi. I trasferimenti delle partecipazioni sono di solito effettuati a fronte dell'impegno esplorativo o simili, a fronte di uno scambio di partecipazioni in una concessione o a fronte di un pagamento in denaro.

sarebbe stato alcun obbligo di corrispondere l'ulteriore porzione del bonus di firma. Queste erano condizioni che non venivano riservate agli assegnatari stranieri di blocchi petroliferi in Nigeria. Il saldo di 20 milioni di dollari non è stato ad oggi ancora versato perché l'OPL 310 non è stata convertita in OML e non è stata realizzata alcuna produzione dal blocco petrolifero.

ICP e Superfici in Acque Profonde

29. Mentre ai primi assegnatari dei blocchi petroliferi realizzati in base all'ICP erano state assegnate superfici in cui l'esplorazione e la produzione in Nigeria e in acque poco profonde erano relativamente agevoli, il 10 agosto 1993, l'OPL 216 è stata assegnata a Famfa Oil Ltd. L'OPL 216, un blocco in acque profonde, era stata precedentemente assegnata a BP e Statoil nel 1991, ma era stata assegnata al Governo nel 1992 sulla base del fatto che l'OPL presentava quantità insufficienti di petrolio greggio. Dopo l'assegnazione dell'OPL 216 a Famfa del 1993 furono assegnate ulteriori concessioni relativamente a superfici situate in acque profonde.

30. La maggior parte delle superfici petrolifere assegnate ai sensi dell'ICP nel 1997 e 1998 erano collocate in acque profonde di migliaia di chilometri e comprendevano l'OPL 245 (Malabu), l'OPL 246 (South Atlantic Petroleum), l'OPL 247 (Heritage Oil) e l'OPL 248 (Zebra Energy), solo per citarne alcune. Le condizioni delle assegnazioni erano sostanzialmente analoghe a quelle delle prime assegnazioni ICP. Nelle comunicazioni di assegnazione si affermava che l'OPL sarebbe stata disciplinata, oltre che dalle condizioni del *Petroleum (Drilling and Production) Regulations* del 1969, dalle seguenti linee guida:

- a. Il titolare dell'OPL doveva essere un'impresa nigeriana debitamente costituita.
- b. La partecipazione straniera al blocco petrolifero non doveva essere superiore al 40%.

- c. L'amministratore delegato della società operatrice, che poteva essere uno straniero o un nigeriano, doveva essere un dipendente della società.
- d. Il titolare dell'OPL non era autorizzato a stipulare accordi di *joint venture* con società straniere che operavano attualmente nell'esplorazione o nella produzione di petrolio greggio in Nigeria.
- e. Il titolare dell'OPL era tenuto a versare il bonus di firma entro i termini stabiliti nella comunicazione di assegnazione ma in pochissimi hanno effettuato il pagamento entro termini previsti o entro il maggior termine concesso dal DPR.

31. Il FGN ha esteso a queste superfici in acque profonde la flessibilità che ha caratterizzato le linee guida non scritte del DPR per l'attuazione dell'ICP. Ad esempio i titolari di OPL sono stati autorizzati a collaborare con società estere già operative in attività di esplorazione o produzione in Nigeria, anziché con nuovi soggetti che entravano nelle attività di esplorazione e produzione petrolifera per la prima volta, con il risultato che non sono state introdotte nuove fonti di investimento e le basi di produzione non sono state diversificate, contrariamente a quanto previsto dagli obiettivi dell'ICP.

32. Il 5 maggio 1993 Famfa Oil ha richiesto un'OPL. È risultata assegnataria dell'OPL 216 nell'agosto 1993 e nell'ottobre 1996 ha venduto una quota indivisa del 32% a Star Deep Water Petroleum, mentre nel maggio 1999 ha venduto una quota indivisa dell'8% a Petrobras, società brasiliana. Sia Star Deep Water Petroleum che Petrobras operavano in Nigeria in quel periodo. Inoltre Famfa non soddisfaceva i requisiti di capacità tecnica o finanziaria di cui al Reg. 1, paragrafo 2, lettera d), del *Petroleum (Drilling and Production) Regulations* del 1969 fino a tre anni dopo l'assegnazione dell'OPL 216. Altrettanto dicasi per l'OPL 246, che è stata assegnata a South Atlantic Petroleum Ltd il 23 febbraio 1998, a condizioni del tutto simili a quelle di Famfa Oil. South Atlantic Petroleum ha venduto quote indivise a Total Upstream Nigeria e Petrobras,

entrambe già operanti in Nigeria, e pertanto l'assegnazione di OPL 246 non ha fornito nuove fonti di investimento nel settore upstream nigeriano, né ha diversificato la base produttiva, in ogni caso in contrasto con gli obiettivi dell'ICP.

33. Nella stessa ottica, l'8 marzo 1999 l'OPL 247 veniva assegnata a Heritage Oil and Gas Co Ltd. Le condizioni di assegnazione dell'OPL 247 erano analoghe a quelle dell'OPL 216 di Famfa Oil e dell'OPL 246 di South Atlantic Petroleum, in quanto erano tutte assegnazioni dirette "a rischio esclusivo" ai sensi dell'ICP ma soggette ai diritti di *back-in* del FGN, la quota straniera era limitata al 40%, l'assegnatario doveva essere una società detenuta da nigeriani, l'amministratore delegato doveva essere un dipendente dell'assegnatario e l'assegnatario era tenuto a versare entro 30 giorni le imposte previste per legge, ivi incluso il bonus di firma pari a 20 milioni di dollari statunitensi da versare entro 30 giorni. Tuttavia, diversamente rispetto alle condizioni di Famfa e South Atlantic Petroleum, Heritage Oil and Gas è stata autorizzata a collaborare con società straniere già operative in attività di esplorazione o produzione in Nigeria e non con nuovi soggetti che per la prima volta entravano nelle attività di esplorazione e produzione petrolifera. Pertanto, la condizione di cui al punto iii), lettera d) della comunicazione di assegnazione è la seguente:

"La vostra azienda è libera di stipulare qualunque accordo di *joint venture* con qualsivoglia azienda straniera attualmente operante in attività di esplorazione e produzione nel paese".

34. Siffatta variazione relativa a una condizione fondamentale dell'OPL 247 da parte dell'ICP non è dovuta ad alcuna modifica della normativa o della politica in materia petrolifera. Essa riflette semplicemente la flessibilità dell'ICP e il fatto che il DPR poteva modificare o derogare alle proprie linee guida che disciplinavano il funzionamento dell'ICP. Heritage Oil and Gas non ha dichiarato di possedere una capacità tecnica o finanziaria. Ad esempio, la sua richiesta del 20 luglio 1998 prevedeva quanto segue:

“Con la presente chiediamo l’assegnazione dei blocchi 214, 247 e 249 per l’esplorazione petrolifera. Siamo un’azienda interamente di proprietà nigeriana.

Disponiamo di un adeguato sostegno finanziario e della possibilità di utilizzare qualsiasi stanziamento che ci viene assegnato. Le nostre banche sono Ecobank (Nig) Plc; Citibank (nig) Ltd, United Bank for Africa Plc, Diamond Bank Limited e Bank of New York.

Disponiamo di capacità tecniche tramite i nostri partner esteri in Finlandia, Stati Uniti d’America e Sud Africa e possiamo iniziare le operazioni immediatamente, qualsiasi assegnazione ci venga concessa”.

35. Il Reg 1, paragrafo 2), lettera d) del *Petroleum (Drilling and Production) Regulations* del 1969 imponeva ai richiedenti di fornire **“prove della capacità finanziaria e della competenza tecnica del richiedente”** al momento della richiesta di assegnazione di una superficie petrolifera ma Heritage Oil and Gas, analogamente ad altri richiedenti dell’ICP, non ne ha fornita alcuna. Invece l’assegnazione si è basata sull’attestazione che essa disponesse di risorse finanziarie, indicando le proprie banche senza fornire riferimenti bancari o altre prove scritte dagli istituti di credito dalla stessa indicati, e allo stesso modo ha affermato di possedere capacità tecniche attraverso i suoi “partner esteri in Finlandia, Stati Uniti d’America e Sud Africa” senza indicare il nome di un solo partner, né fornire prove scritte o di altra natura sul fatto che tali partner possedessero la necessaria capacità tecnica e fossero disposti a collaborare con Heritage Oil and Gas nello svolgimento di attività di esplorazione e produzione. L’affermazione è stata ritenuta dal Ministro sufficiente per adempiere ai requisiti di cui al Reg. 1, paragrafo 2, lettera d), del *Petroleum (Drilling and Production) Regulations* del 1969.

36. Tali esempi sono importanti per comprendere come il FGN abbia gestito l’ICP tra il 1989 e il 1999 e, in una certa misura, come continui a gestirlo ancora oggi.

37. Per quanto concerne Famfa Oil, il paragrafo 35 dell’allegato 1 del *Petroleum Act* del 1969, il *Deep Water Allocations (Back-in-Rights) Regulations* del 2003, e le condizioni espresse della comunicazione di

assegnazione dell'OPL 216 di Famfa Oil del 10 agosto 1993 hanno espressamente fatto salvo il diritto in capo al FGN di acquisire la proprietà diretta di una quota di eventuali OML in cui venga convertita esercitando il diritto di *back-in* per il blocco petrolifero. L'OPL 216 è stato convertito nell'OML 127 intorno al 14 dicembre 2004. Il 27 gennaio 2005, il FGN ha esercitato il diritto di *back-in* e ha acquisito il 50% dell'OML. Famfa Oil ha contestato l'esercizio da parte del FGN dei propri diritti di *back-in* in quanto quest'ultimo non aveva negoziato le condizioni per l'acquisizione di una quota indivisa del 50% nell'OML 127. Con sentenza unanime⁵, la Corte Suprema della Nigeria, che è il tribunale nigeriano di ultima istanza, ha annullato l'esercizio del diritto di *back-in* del FGN e ha sostanzialmente restituito a Famfa Oil il 50% della quota indivisa. A pagina 193H-195C, Rhodes-Vivour JSC sostiene che:

“Tutte le parti concordano sul fatto che con l'assegnazione dell'OML 127 alla convenuta, la ricorrente, ossia il FGN, ha diritto al 50%. La questione è se il FGN ha seguito la procedura prevista dalla legge per l'acquisizione di tale interesse... La chiara intenzione del legislatore è che vi debba essere una negoziazione tra il Ministro del petrolio e il richiedente di una concessione OML. Il ragionamento del legislatore è che il Ministro, durante la negoziazione, deve tener conto delle ingenti somme di denaro che sono state spese dal richiedente per le perforazioni petrolifere, e garantire che la partecipazione del 50% del FGN nell'OML risulti conforme alle condizioni accettabili dal Governo stesso.

La domanda a cui va data risposta è la seguente: il Ministro ha negoziato con il richiedente? ... Concordo con quanto stabilito dalla Corte d'Appello. Non vi è stata alcuna negoziazione prima che il FGN ottenesse una partecipazione del 50% nell'OML 127. Tale partecipazione era stata ottenuta secondo le previsioni dei Regolamenti sul diritto di *back-in* del 2003”.

38. A pagina 195 e 196 ha concluso che, ai sensi dell'articolo 35 dell'Allegato 1, il Ministro deve negoziare con il detentore dell'OML, anche se, ai sensi dei Regolamenti del 2003 sul diritto di *back-in*, non vi sono disposizioni che prevedano la negoziazione. Tali Regolamenti non erano in linea con quanto previsto dall'articolo 35, Allegato 1 del Petroleum Act 1969 e, di

⁵ **NNPC v. Famfa Oil Ltd** (2012) 17 NWLR (Pt 1328) 148.

conseguenza, erano invalidi. *“Le previsioni del Regolamento non possono mai essere lette in deroga alle previsioni del Petroleum Act. L’acquisizione da parte del FGN era errata”.*

39. Nel caso di South Atlantic Petroleum, in una comunicazione del 4 marzo 1998 al DPR, la stessa Società ha rilevato che, in quanto assegnataria dell’ICP, era un operatore a rischio esclusivo e non era soggetto a contratti di condivisione della produzione con NNPC. Pur riconoscendo i diritti di *back-in* del FGN ai sensi del paragrafo 35 dell’allegato 1 del Petroleum Act del 1969, alle condizioni da negoziare con il Ministro, ha dichiarato di ritenere che “l’ampiezza della quota e le condizioni salvaguarderanno il **diritto economico** dei locatari”. A seguito di trattative con il FGN, South Atlantic Petroleum è stata trasformata in “Appaltatore” di NNPC in relazione alla quota del 50% detenuta dal FGN attraverso l’esercizio del diritto di *back-in* in virtù di un PSC e ha autorizzato la vendita dei suoi diritti di Appalto a CNOOC Exploration and Production Ltd (“CNOOC”) mediante una comunicazione di NNPC del 27 marzo 2006. South Atlantic Petroleum ha venduto a CNOOC i diritti d’appalto per 2,2 miliardi di dollari americani. Il “**diritto economico**” di South Atlantic Petroleum nell’OPL 246 (ora OML 130) è stato così salvaguardato attraverso l’autorizzazione ottenuta per la monetizzazione dei suoi Diritti di Appalto.

40. Vorrei concludere la mia trattazione dell’ICP con l’osservazione che l’obiettivo di tale Programma non era quello di assegnare superfici petrolifere ai migliori o ai più esperti operatori del settore petrolifero o quello di massimizzare i guadagni del FGN derivanti da questo tipo di assegnazioni. Il vero obiettivo dell’ICP era quello di stimolare l’imprenditoria nigeriana nel settore petrolifero, aumentare la partecipazione di soggetti nigeriani nelle superfici petrolifere nazionali e far guadagnare del denaro a soggetti nigeriani nello stesso modo in cui le Leggi di indigenizzazione del 1972 e del 1989 hanno cercato di aumentare la partecipazione di soggetti nigeriani in settori diversi da quello petrolifero prima del 1995. L’assegnazione dell’OPL 245 a Malabu nell’aprile del 1998 era pienamente conforme al e in linea con l’ICP.

E. ASSEGNAZIONE DELL'OPL 245 A MALABU

41. Mediante comunicazione di assegnazione del 29 aprile 1998, Malabu è stata informata del fatto che l'On. Ministro delle Risorse Petrolifere aveva approvato l'assegnazione delle OPL 214 e 245 a condizione che fossero soddisfatte le seguenti condizioni:

- a. Pagamento degli oneri per la domanda di 50.000 Naira e degli oneri d'offerta di 10.000 dollari statunitensi per blocco.
- b. Il pagamento del bonus di firma e del valore di riserva di 20 milioni di dollari statunitensi.
- c. I blocchi assegnati sarebbero operati in base allo schema del "Rischio Esclusivo", ma con l'intesa che il FGN, si riservava il diritto di acquisire una quota, ove lo desiderasse, in qualsiasi momento nell'arco della durata di eventuali successive locazioni minerarie petrolifere.
- d. Oltre alle condizioni del *Petroleum (Drilling and Production) Regulations* del 1969, le seguenti linee guida disciplinavano la gestione delle aree oggetto di concessione:
 - i. La società deve essere una società nigeriana debitamente costituita.
 - ii. La partecipazione straniera nei blocchi non dovrebbe essere superiore al 40%.
 - iii. L'amministratore delegato della società di gestione, che potrebbe essere uno straniero o un nigeriano, deve essere un dipendente della società.
 - iv. La società non è autorizzata a stipulare accordi di *joint venture* con società straniere attualmente operanti nelle attività di esplorazione e produzione nel paese.

e. Malabu era tenuta ad effettuare i pagamenti stabiliti per legge, compreso il bonus di firma, entro 30 giorni, ossia entro il 28 maggio 1998.

f. La comunicazione di assegnazione è stata sottoscritta dal Sig. W F Green, Responsabile delle Risorse Petrolifere per conto del Ministro delle Risorse Petrolifere.

42. Nella comunicazione di assegnazione delle OPL 214 e 245 a Malabu si affermava che il Responsabile delle Risorse Petrolifere scriveva per conto del Ministro del Petrolio.

43. Non c'era alcuna sostanziale differenza tra l'assegnazione a Malabu e le assegnazioni ad altre società locali nigeriane come South Atlantic Petroleum, Famfa Oil, Heritage Oil and Gas, Optimum, Summit Oil, Yinka Folawiyo Petroleum o Conoil.

44. Il 25 maggio 1999, Malabu ha inviato al FGN (a) 2 assegni circolari per un totale di 2,04 milioni di dollari statunitensi a parziale pagamento del bonus di firma di 20 milioni di dollari statunitensi e (b) un assegno di 10.000 dollari statunitensi a titolo di pagamento degli oneri d'offerta. Il pagamento parziale del bonus di firma era stato fatto in ritardo, ma - dato che il FGN accettava il pagamento parziale e non puntuale del bonus di firma da parte dei titolari della OPL ai sensi dell'ICP - il FGN ha accettato anche in questo caso il pagamento parziale di Malabu emettendo, in favore di quest'ultima, tre ricevute datate 28 maggio 1999 con numeri 168157, 168158 e 168159 per il pagamento degli oneri di offerta e del bonus di firma. Con lettera del 3 giugno 1999, Malabu allegava un assegno bancario di Naira 50.000,00 per il pagamento dei suoi oneri di domanda. Dato che uno degli obiettivi dell'ICP era quello di incoraggiare l'imprenditorialità locale nel settore petrolifero e sviluppare la capacità locale piuttosto che necessariamente massimizzare il guadagno che si poteva avere dalle superfici petrolifere, la flessibilità dimostrata dal FGN non è stata affatto sorprendente.

45. Il bonus di firma di Malabu di 20 milioni di dollari statunitensi è in linea con il bonus di firma imposto a blocchi simili ai sensi dell'ICP, come l'OPL 216 - 5 milioni di dollari statunitensi di Famfa Oil il 10 agosto 1993, l'OPL 246 - 25 milioni di dollari statunitensi di South Atlantic Petroleum il 3 febbraio 1998, l'OPL 247 - 20 milioni di dollari statunitensi di Heritage Oil and Gas l'8 marzo 1999 e l'OPL 248 - 20 milioni di dollari statunitensi di Zebra Energy l'8 marzo 1999⁶; e l'OPL 214 (che era stata precedentemente assegnata a Malabu insieme all'OPL 245) - 22 milioni di dollari statunitensi nel 2002 di Exxon Mobil che non era stata assegnata ai sensi dell'ICP. Il bonus di firma di Malabu è stato venti volte superiore al bonus di firma di 1 milione di dollari statunitensi imposto a per l'OPL 310 di Optimum nel febbraio 1993 e al doppio del bonus di firma di 10 milioni di dollari statunitensi imposto a Optimum nel giugno 2008 per la "nuova convalida" e la "riassegnazione" dell'OPL 310.

46. Per quanto concerne i tempi di pagamento del bonus di firma per le assegnazioni di superficie effettuate ai sensi dell'ICP, come indicato sopra, i tempi di pagamento non sono mai stati determinanti per le concessioni contrattuali denominate OPL. Nonostante ogni concessione richiedesse il pagamento del bonus di firma entro 30 giorni, pochi assegnatari, se non nessuno, hanno pagato entro i termini previsti e in nessun caso il FGN ha revocato una concessione ICP per ritardato pagamento o per mancato rispetto di qualsiasi obbligo diverso da quelli di natura economica. Gli assegnatari spesso non erano in grado di provvedere al pagamento del bonus di firma con risorse proprie e si sono affidati ai loro partner tecnici stranieri per il pagamento del bonus di firma. Il FGN sapeva e si aspettava che gli assegnatari ai sensi dell'ICP pagassero i premi di firma con le risorse dei propri partner stranieri. Per fare alcuni esempi, Optimum non ha pagato alcunché in relazione al bonus di firma di 1 milione di dollari statunitensi tra febbraio 1992 e settembre 2008, quando Afren Plc, una società quotata in borsa a Londra, ha effettuato il pagamento della prima rata di 10 milioni di dollari statunitensi del bonus di firma nel settembre 2008. Zebra Energy ha

⁶ Cfr. **FGN c. Zebra Energy Ltd** (2002) 18 NWLR (Punto 798) da 162 a 166.

pagato 1 milione di dollari statunitensi il 28 maggio 1999, invece dei 20 milioni di dollari statunitensi che doveva pagare nel termine di 30 giorni. Ha richiesto più tempo ed è stata concessa una proroga al 15 luglio 1999 per pagare il saldo, ma l'8 luglio 1999 - appena una settimana prima della scadenza della proroga - l'OPL 248 è stata revocata sulla base della raccomandazione del Comitato Kolade Panel, come si vedrà *infra*.

47. Analogamente, Heritage Oil, che si era vista assegnare l'OPL 247 l'8 marzo 1999 e aveva richiesto di pagare il bonus di firma entro 30 giorni, non aveva pagato un centesimo in relazione al suo bonus di firma di 20 milioni di dollari statunitensi per l'OPL 247 quando la sua superficie è stata revocata l'8 luglio 1999. Con comunicazione del 30 marzo 1999, Heritage Oil and Gas ha allegato il pagamento degli oneri di domanda e d'offerta rispettivamente di 50.000 Naira e 10.000 dollari statunitensi, dichiarando che i propri partner della *joint venture* erano "perplexi per l'elevato bonus di firma di 20 milioni (venti milioni) di dollari statunitensi e per il brevissimo termine (7 aprile 1999) di appena tre settimane dalla ricezione della comunicazione di offerta del 12 marzo 1999." Ha pertanto chiesto una proroga di 90 giorni per conformarsi alle condizioni dell'offerta e ha chiesto "una revisione al ribasso del bonus di firma". Con comunicazione del DPR del 15 aprile 1999, Heritage Oil and Gas è stata "avvertita che i pagamenti [del bonus di firma] avrebbero potuto essere effettuati in due rate entro un termine di 3 (tre) mesi dalla data di assegnazione". La proroga era pertanto fino all'8 giugno 1999, ma il bonus di firma non era stato versato al momento della revoca dell'OPL 247 in data 8 luglio 1999.

F. COMITATO CHRISTOPHER KOLADE DEL 1999

48. A seguito del proprio insediamento del 29 maggio 1999, il Presidente Obasanjo ha nominato Christopher Kolade alla presidenza di un comitato incaricato di esaminare tutti i contratti, le concessioni e le nomine effettuate negli anni precedenti. Con comunicazioni dell'8 luglio 1999, il DPR ha comunicato la cancellazione di 31 OPL, tra cui l'OPL 247 di Heritage Oil and Gas e l'OPL 248 di Zebra Energy. Tutti i titolari di OPL,

tranne tre, hanno accettato la cancellazione e non hanno intrapreso ulteriori azioni. Tre assegnatari, tra cui Zebra Energy e Heritage Oil and Gas, hanno contestato la cancellazione in giudizio. In ogni caso, il FGN ha invocato (a) l'articolo 2 del *Public Officers Protection act* ("**POPA**"), che prescrive un periodo di tre mesi per impugnare gli atti/decisioni di un funzionario pubblico e (b) il mancato pagamento del bonus di firma da parte degli assegnatari entro i 30 giorni previsti nelle comunicazioni d'offerta.

49. Nella causa **FGN c. Zebra Energy Ltd**⁷, il FGN ha assegnato a Zebra Energy l'OPL 248 e ha richiesto alla stessa di pagare un bonus di firma pari a 20 milioni di dollari statunitensi entro 30 giorni. Zebra Energy ha pagato 1 milione di dollari statunitensi per il bonus di firma e ha cercato di ottenere, e poi ha effettivamente ottenuto, varie estensioni temporali, avendo come termine ultimo il 15 luglio 1999, per il pagamento della restante parte del bonus di firma pari a 19 milioni di dollari statunitensi. L'8 luglio 1999 – una settimana prima dell'accordato termine ultimo per il pagamento – il FGN ha revocato l'OPL 248 per mancato pagamento del bonus di firma. La tematica era se vi fosse o meno un contratto tra il FGN e Zebra Energy ai sensi del quale il termine ultimo per il pagamento del bonus di firma era stato esteso fino al 15 luglio 1999. La Corte Suprema sosteneva che tale contratto esistesse e pertanto aveva ordinato alle parti di adempiere ai propri obblighi contrattuali. Una delle questioni sollevate dal FGN nel cercare di difendersi da tale pretesa era che un'azione di tal specie non potesse essere esercitata poiché in violazione dell'articolo 2(a) del POPA. Tale questione non ha trovato accoglimento. Mohammed JSC, che ha emesso la sentenza, ha chiarito che l'articolo 2(a) del POPA non si applica laddove le questioni riguardino inadempimenti contrattuali. Ha anche affermato che quanto stabilito dalla Corte Suprema nel caso precedente **NPA contro Costruzioni Generali**⁸ - ossia che si applicasse l'articolo 97 della Legge NPA del 1990, simile all'articolo 2 del POPA - non si poteva applicare in materia contrattuale.

⁷ (2002) 18 NWLR (Pt 789) 162 a 195H-198G.

⁸ [1974] 1 All NLR (Pt 2) 463.

50. La Corte Suprema ha ritenuto che la proroga dei termini per il pagamento del saldo di 19 milioni di dollari statunitensi del bonus di firma dell'OPL 248 da parte del DPR fosse vincolante per il FGN, che l'assegnazione dell'OPL 248 fosse disciplinata da un contratto e che il contratto fosse valido e in vigore quando il FGN avrebbe presumibilmente revocato l'OPL 248, non per un motivo qualunque ma "conformemente alla raccomandazione della Commissione del sesto ricorrente", e che l'articolo 2 del POPA non si applica all'inadempimento contrattuale. A pagina 200H, il Giudice della Corte Suprema Muhammed ha affermato:

"Il significato ordinario e naturale delle disposizioni dei paragrafi 23-27 del primo Allegato del Petroleum Act è che disciplini la procedura per la revoca di una Concessione di Prospezione Petrolifera. Tuttavia, gli attori hanno revocato la concessione del convenuto su raccomandazione del Comitato Kolade. Qualora una questione sia espressamente descritta in una legge e sia stabilita la procedura per l'adempimento di tale obbligo, una parte non può che rispettare integralmente le disposizioni della legge".

51. Il Giudice della Corte Suprema Belgore al 203F:

"La procedura per la revoca della Concessione di Prospezione Petrolifera è descritta nei paragrafi 23-27 del Primo Allegato del Petroleum Act (Cap. 350, *Laws of the Federation of Nigeria*, 1990). Sussiste certamente un contratto avente efficacia, come dimostrato dalla concessione e dalle trattative tra le parti, e in nessun punto della Relazione di Kolade rientra tra le condizioni. Né la legge né la procedura di revoca della Concessione di Prospezione Petrolifera sono rispettate. Supponendo che la parola "cancellazione" utilizzata nella presunta revoca significhi "revoca", ciò ha comportato la revoca della licenza del convenuto, il che non è giuridicamente conforme alla legge.

52. Mentre il Comitato Kolade aveva raccomandato la cancellazione di altri blocchi petroliferi, non ha raccomandato la revoca dell'OPL 245 di Malabu e questa non è stata annullata l'8 luglio 1999. Al contrario, con comunicazione del 9 marzo 2000, il Ministero delle Risorse Petrolifere ha scritto a Malabu quanto segue:

“Sono tenuto ad informarvi che il blocco 245 assegnato a Malabu Oil and Gas non rientra tra i blocchi revocati in quanto l’assegnazione è stata effettuata prima del gennaio 1999. Siete quindi liberi di procedere con i piani di sviluppo nel rispetto delle disposizioni del *Petroleum Decree* n. 51 del 1969”.

53. Ho osservato sopra che le OPL 214 e 245 sono state assegnate a Malabu il 29 Aprile 1998. Malabu ha successivamente rinunciato all’OPL 214. Nel 2002, la Exxon Mobil, la Chevron e la NPDC hanno acquisito l’OPL 214, a seguito di una procedura ristretta, con un prezzo, per il bonus di firma, pari a 22 milioni di dollari statunitensi. Successivamente veniva sottoscritto ed eseguito un PSC con NNPC. L’OPL 214 è stata convertita in OML 145. L’attuale assetto proprietario di OML 145 è il seguente: Exxon 21,05% (operatore), Chevron 21,05%, Oando 21,05%, NPDC 15,80% e Svenska 21,05%. Oltre 2.600 chilometri di dati sismici 3D sono stati acquisiti sulla superficie interessata. Nel 2005, è stato scoperto il primo pozzo – Uge che poi, è stato successivamente trascurato. In una seconda fase di lavoro, Uge è stato valutato positivamente e, a seguito di tale valutazione, è stato perforato, 15 chilometri a sud di Uge, il pozzo Orso-1. La trivella ha mirato ad un accumulo separato e ha incontrato alcuni volumi di petrolio e gas (scoperta di Uge, che detiene 230 milioni di barili di petrolio e 560 miliardi di piedi cubi di gas). Sono stati trivellati con successo anche i pozzi Uge-5 e Nza-1 nella terza fase di esplorazione e gli investimenti sono stati debitamente ricompensati. Così l’OPL 214 è stato esplorato con successo e sta per diventare produttivo.

G. FARM-IN DA PARTE DI SHELL E REVOCA DELL’OPL 245

54. In data 30 marzo 2001, Shell Nigeria Ultra Deep Limited (“**SNUD**”) ha acquisito una quota del 40% dell’OPL 245 in virtù di un contratto di *farm-in* e di un atto di cessione in pari data a fronte di un corrispettivo che comprendeva il pagamento da parte di SNUD del saldo non versato di 17.960.000 di dollari statunitensi relativo al bonus di firma di 20 milioni di dollari statunitensi. Con comunicazione del 6 aprile 2001, SNUD ha inviato al DPR un assegno circolare di 17.960.000 di dollari statunitensi a condizione che l’assegno fosse presentato per l’incasso solo nel

momento in cui il Ministro avesse prestato il consenso previsto per legge per l'acquisto da parte di SNUD di una quota del 40% dell'OPL 245. Sebbene tale condizione non fosse indicata nella comunicazione di assegnazione dell'OPL 245 a Malabu, la stessa era ragionevole. Ad eccezione dei contratti di acquisizione relativi alla quota del 40%, SNUD non aveva l'obbligo di pagare alcun bonus di firma, in quanto era un terzo. L'obbligo di pagamento spettava a Malabu. Tuttavia, SNUD era disposta a pagare qualora la sua acquisizione della quota del 40% dell'OPL 245 fosse stata approvata dal Ministro, secondo quanto previsto. SNUD era disposta a pagare il saldo del bonus di firma esclusivamente nell'eventualità in cui il Ministro avesse acconsentito al proposto acquisto di una quota del 40% dell'OPL 245.

55. In una comunicazione del 9 aprile 2001 a Malabu, il DPR ha tra l'altro dichiarato quanto segue:

"A seguito della vostra ottemperanza agli artt. 1, paragrafo 2), lettera a) e 1, paragrafo 2), lettera d) del *Petroleum (Drilling and Production) Regulations* del 1969, e della ricezione del vostro assegno circolare per il bonus di firma e il valore riservato del blocco, vi scrivo per informarvi che da questo momento potete mobilitare le vostre risorse per iniziare le operazioni nell'OPL assegnata".

56. La comunicazione rilevava che a tempo debito Malabu sarebbe stata invitata a presentare il suo programma di lavoro per il 2002 "poiché è previsto che tutte le compagnie petrolifere in attività presentino al Dipartimento delle Risorse Petrolifere ogni primo trimestre dell'anno, il programma di lavoro proposto per l'anno e le loro attività nell'anno precedente".

57. Il 15 maggio 2001, sotto la presidenza di Obasanjo, è stata rilasciata la concessione per l'OPL 245 dal Ministero delle Risorse Petrolifere .

58. Il 24 maggio 2001, Malabu è stata informata dal Ministero delle Risorse Petrolifere che gli atti relativi alla titolarità dell'OPL 245 erano stati sottoscritti dal Consigliere Presidenziale per il Petrolio e le Questioni

Energetiche per conto del Ministro delle Risorse Petrolifere e gli atti erano stati trasmessi a Malabu.

59. Malabu aveva rispettato, ai sensi dell'ICP, le condizioni di assegnazione dell'OPL 245. Il DPR aveva affermato lo stesso nella sua lettera del 9 aprile 2001 e la conformità era il motivo per cui l'atto per l'OPL 245, che costituiva il relativo documento attestante la titolarità, le è stato trasmesso il 24 maggio 2001. Malabu aveva pagato tutte le spese previste per legge e aveva dimostrato di avere la possibilità di gestire l'OPL 245. Non vi erano ulteriori requisiti da adempiere. In effetti, la comunicazione del DPR del 9 aprile faceva riferimento a Malabu che si era conformata ai Reg 1, paragrafo 2), lettera a) e 1, paragrafo 2), lettera d) del *Petroleum (Drilling and Production) Regulations* del 1969, che prevedono quanto segue:

"1, paragrafo 2) Ogni domanda [per una OPL] deve essere corredata

- (a) dal pagamento degli oneri obbligatori secondo quanto indicato nella Parte VI della presente Normativa (la tassa in questione non è rimborsabile in nessun caso);.....
- (d) dalla prova della capacità finanziaria e della competenza tecnica del richiedente".

60. Il fatto che gli oneri dovuti per legge (incluso il bonus di firma) fossero stati versati in ritardo e ben oltre i 30 giorni indicati nella comunicazione di assegnazione è irrilevante. I tempi di pagamento non sono mai stati determinanti per l'operazione di assegnazione di superficie ai sensi dell'ICP. Inoltre, il termine di pagamento era una condizione che esisteva esclusivamente a vantaggio del FGN ed era derogabile. Il termine per il pagamento degli oneri previsti dalla legge indicato dalla comunicazione di assegnazione dell'OPL 245 è stato sospeso in almeno sei diverse occasioni:

- a. In primo luogo, il 25 maggio 1999, quando Malabu ha inviato e il FGN ha accettato e ricevuto (a) 2 assegni circolari per un totale di 2,04 milioni di dollari statunitensi a titolo di pagamento parziale del bonus di firma di 20 milioni di dollari statunitensi e (b) un assegno di 10.000 dollari statunitensi per

il pagamento degli oneri di offerta. Il pagamento totale avrebbe dovuto essere eseguito il 29 maggio 1998. Il pagamento parziale è avvenuto un anno dopo ma è stato ricevuto dal FGN senza obiezioni.

- b. In secondo luogo, il 3 giugno 1999, quando Malabu ha inviato e il FGN ha accettato un assegno per il pagamento di Naira 50.000 per gli oneri di richiesta dell'OPL 245.
- c. In terzo luogo, il 6 aprile 2001, quando SNUD ha inviato e il FGN ha accettato un assegno di 17.960.000 di dollari statunitensi per il pagamento integrale del bonus di firma pari a 20 milioni di dollari statunitensi.
- d. In quarto luogo, il 9 aprile 2001, quando il FGN ha confermato la ricezione del saldo del bonus di firma, ha informato Malabu della sua conformità ai Reg 1, paragrafo 2, lettera a) e 1, paragrafo 2, lettera d), del *Petroleum (Drilling and Production) Regulations* del 1969 e l'ha invitata a mobilitare le proprie risorse per avviare le operazioni nell'OPL 245.
- e. In quinto luogo, il 15 maggio 2001, quando ha rilasciato il titolo concessorio per l'OPL 245.
- f. Infine, il 24 maggio 2001, quando ha rilasciato e consegnato a Malabu gli atti relativi alla titolarità dell'OPL 245.

61. Ritengo che, fintantoché Malabu non avesse omesso di presentare il suo programma di lavoro per il 2002 o non avesse ricevuto l'autorizzazione del FGN ad avviare le operazioni, non vi erano gli estremi per revocare o annullare l'OPL 245 ai sensi del diritto nigeriano. Quest'analisi è supportata dalla decisione della Corte Suprema in **FGN contro Zebra Energy**, che ha riconosciuto come il FGN e un concessionario possano modificare i termini contrattuali o estendere i termini per i pagamenti o

per l'adempimento di qualsiasi obbligazione ai sensi della lettera di assegnazione.

62. Appena tre mesi dopo che Shell aveva acquisito quote dell'OPL, l'OPL 245 è stata revocata. Con comunicazione del 2 luglio 2001, il FGN ha revocato l'OPL 245 e i relativi documenti attestanti la titolarità della stessa. Non è stata fornita alcuna motivazione per la revoca. La revoca era pertanto radicalmente invalida.

63. Come indicato nel paragrafo precedente, la comunicazione di revoca non ha indicato alcuna motivazione per la revoca. La procedura competitiva ristretta di assegnazione successiva alla revoca del luglio 2001 ha portato Shell a offrire al FGN un bonus di firma di 210 milioni di dollari statunitensi (alla luce dei costi per le attività esplorative fino a quel momento sostenuti), che all'epoca era l'offerta più alta mai presentata per una superficie petrolifera in Nigeria, e dieci volte maggiore rispetto al bonus di firma del 1998. Il 6 maggio 2002 Shell ha dichiarato di risolvere i contratti di *farm-in* e altri contratti con Malabu, e ha incardinato un arbitrato presso la Camera di Commercio Internazionale.

64. Come di seguito descritto, il 16 marzo 2006, il giudice di primo grado - Giudice Nyako - ha respinto la domanda di Malabu del 2003 sulla revoca dell'OPL 245 effettuata dal FGN durante la presidenza Obasanjo, in ragione della prescrizione ai sensi dell'articolo 2, lettera (a) del POPA, che prescrive un termine di decadenza di tre mesi per le azioni contro i funzionari pubblici. Il Giudice Nyako ha, in ogni caso, erroneamente richiamato il POPA perché il POPA non si applica alle domande di inadempimento contrattuale, come ha statuito la Corte Suprema nigeriana in una serie di casi, incluso quello di **FGN c. Zebra Energy**, che era una controversia scaturita dalla revoca dell'OPL 248. Inoltre e come preciserò di seguito, le parti del FGN hanno modificato la loro difesa il 27 maggio 2005 per eliminare l'affermazione secondo cui Malabu non avrebbe rispettato le condizioni previste nella lettera di assegnazione dell'OPL 245. La modifica è stata effettuata correttamente. Nel luglio 2001 Malabu aveva rispettato tutte le condizioni di

assegnazione dell'OPL 245. Non vi erano motivi per una revoca dell'OPL 245.

65. Vi sono solo due motivi previsti nella legislazione petrolifera nigeriana per cui una OPL può essere revocata. Questi sono riportati nei paragrafi 23 e 24 dell'allegato 1 del Petroleum Act del 1969. Il paragrafo 23 prevede una modifica della nazionalità del titolare della licenza/dell'OPL o del soggetto o dell'entità che ne detiene, in via diretta o indiretta, il controllo. Il paragrafo 24 dell'Allegato 1 al Petroleum Act del 1969 indica alcune violazioni, come il mancato svolgimento delle operazioni in modo continuato e professionale, il mancato rispetto di una qualunque disposizione della legislazione petrolifera o delle condizioni della propria OPL o, in caso di mancato pagamento di canoni di locazione o *royalties* dovuti. Nessuna di queste violazioni si è verificata il 2 luglio 2001 quando il FGN ha revocato l'OPL 245. Ove una qualsiasi ragione per la revoca fosse esistita, queste sono state sanate dalla comunicazione del DPR del 9 aprile 2001 che invitava Malabu a presentare al DPR il suo programma di lavoro per il 2002. OPL 245 è stata revocata prima che Malabu avesse l'opportunità di effettuare la presentazione. In breve, non vi erano motivi sostanziali per cui l'OPL 245 avrebbe potuto essere revocata il 1° luglio 2001. La revoca è stata pertanto *sostanzialmente* nulla.

66. Vi sono molti argomenti per giustificare l'assenza dei motivi di cui ai paragrafi 23 e 24 dell'Allegato 1 al Petroleum Act del 1969 per la revoca dell'OPL 245. Il primo è la *modifica contrattuale*. Il secondo è la *rinuncia*. La terza è la dottrina del diritto pubblico del legittimo affidamento. Tutte queste teorie portano alla medesima conclusione e cioè che alla data del 2 luglio 2001 non vi fossero ragioni sulla base delle quali il FGN avrebbe potuto legittimamente revocare l'OPL 245. Spiegherò tali temi, con maggiore dettaglio, qui di seguito.

Modifica contrattuale

67. Se si guarda alle basi del diritto dei contratti è chiaro che le parti di un contratto possono modificarne i termini, sia formalmente sia per

comportamenti concludenti. Nel caso in oggetto, le condizioni dell'assegnazione dell'OPL 245 stabilite nella lettera del 29 aprile 1998 sono stati modificati ad esempio con riferimento ai termini per l'effettuazione dei pagamenti degli oneri di partecipazione, degli oneri di offerta e del bonus di firma. Il FGN ha accettato tali modifiche e un nuovo contratto è venuto ad esistenza. Il FGN, il 9 aprile 2001 ha riconosciuto a Malabu che la stessa aveva interamente adempiuto ai termini del contratto così come modificati mediante (a) conferma che Malabu si fosse conformata ai Reg. 1(2)(a) e 1(2)(d) dei Regolamenti sulla trivellazione e produzione del 1969, (b) invito a Malabu a cominciare le operazioni sull'OPL 245, e (c) invito a Malabu a presentare, nel primo trimestre del 2002 il suo programma di lavoro per quell'anno. La variazione dei termini della concessione è supportata dalla decisione della Corte Suprema nigeriana nel caso **FGN contro Zebra Energy**.

Rinuncia

68. Il secondo argomento sulla base del quale ritengo che il FGN non avesse motivo per revocare l'OPL 245 il 2 luglio 2001 è la rinuncia. Al paragrafo 60 di cui sopra, ho individuato almeno sei diversi momenti in cui il FGN ha rinunciato, o non ha insistito in merito, al puntuale adempimento delle obbligazioni di Malabu stabilito nella lettera di assegnazione del 29 aprile 1998. Chiaramente i termini per l'adempimento non erano l'essenza delle concessioni effettuate ai sensi dell'ICP come l'OPL 245.

69. Da un punto di vista legale, il FGN era libero di rinunciare a (o di non insistere sull'adempimento puntuale di) qualsiasi termine della lettera di assegnazione dell'OPL 245 del 29 aprile 1998 incluso il termine di 30 giorni stabilito per l'effettuazione dei pagamenti relativi all'onere di partecipazione, all'onere di offerta e al bonus di firma e, di fatto, vi ha rinunciato nei sei diversi momenti analizzati al paragrafo 62 che precede. Il FGN poteva modificare la sua posizione pro-futuro dando a Malabu immediata comunicazione con cui si informava la società che i termini per il pagamento erano essenziali per il contratto relativo all'OPL 245; ma ciò non è stato fatto fino a che Malabu ha effettuato il pagamento di

tutti gli oneri dovuti intorno al 6 aprile 2001. Nella causa *Ariori c. Elemo* (1983) LPELR-552(SC) al 21A-F, il Giudice della Corte Suprema Eso ha spiegato la rinuncia come segue:

“La prossima indagine riguarda la possibilità che un soggetto possa rinunciare ai diritti conferitigli dalla legge. Quando un diritto è conferito a vantaggio esclusivo di un singolo non dovrebbero porsi problemi in ordine alla possibilità che egli possa rinunciare a tale diritto. Il diritto è a suo vantaggio. È *sui juris*. Giuridicamente non sussiste alcun impedimento. Dovrebbe essere in grado di rinunciare al diritto o, in altre parole, di rinunciarvi completamente o parzialmente, a seconda della sua libera scelta. In che misura abbia rinunciato al suo diritto sarebbe un dato di fatto e ogni caso dipenderà dalle sue specificità. Un semplice esempio potrebbe essere fornito da un diritto riconosciuto contrattualmente. Un soggetto che sia parte di un contratto, in cui la prestazione è principalmente a suo favore, è pienamente legittimato a rinunciare a tale diritto. Ciò che risulta nel caso di un contratto dovrebbe potersi estendere alle prestazioni previste per legge. Un titolare di diritti ai sensi della legge dovrebbe essere pienamente legittimato a rinunciare a tali diritti ove i diritti siano esclusivamente a suo favore. L'unica eccezione che mi viene in mente è che la legge stessa vieti di derogare alle disposizioni di legge.

70. L'unica possibile eccezione che il Giudice Eso ipotizza potesse esistere, dato che le norme rilevanti vietano la rinuncia, non si applica nel caso di specie, poiché non vi è nulla nella normativa petrolifera che vieta la rinuncia da parte del FGN ai termini per l'adempimento degli obblighi da parte degli assegnatari. Nel caso in oggetto il FGN ha rinunciato a richiedere l'adempimento (o non ha insistito a richiedere il puntuale adempimento) dei termini previsti dalla lettera di assegnazione dell'OPL 245 del 29 aprile 1998.

Legittimo Affidamento

71. Il terzo argomento sulla base del quale ritengo che il FGN non avesse motivo per revocare l'OPL 245 per l'asserito inadempimento dei termini di cui alla lettera di assegnazione del 29 aprile 1998 è la dottrina del diritto pubblico del legittimo affidamento. Attraverso il comportamento sempre tenuto dal FGN nelle altre assegnazioni effettuate ai sensi del ICP che non aveva mai realmente applicato delle tempistiche strette per

il pagamento di denaro o per l'adempimento di altri obblighi generici, il FGN ha creato in Malabu il legittimo affidamento circa il fatto che lo stesso non avrebbe dato applicazione effettiva alle tempistiche ristrette contenute nella lettera di assegnazione del 29 aprile 1998. Il FGN ha poi rafforzato tale legittimo affidamento nei sei diversi momenti individuati al paragrafo 60 che precede. Malabu si è basata su tale affidamento e questo era legittimo e ragionevole, da tutti i punti di vista, alla luce della flessibilità avuta dal FGN nei confronti delle assegnazioni effettuate ai sensi dell'ICP e nel raggiungimento degli obiettivi fissati da quest'ultimo. Sarebbe ingiusto e irragionevole che il FGN prendesse le distanze da un affidamento legittimo che esso stesso aveva deliberatamente creato.

72. La dottrina del diritto pubblico del legittimo affidamento è stata così spiegata:

“Se un funzionario pubblico tiene una condotta tale da creare un legittimo affidamento che un determinato orientamento verrà seguito, sarebbe spesso ingiusto se all'autorità fosse permesso di seguire un orientamento diverso a scapito di chi ha mantenuto l'affidamento, in particolare se ha operato sulla base di esso. Se nel diritto privato un organismo che operi o cessi di operare in tal senso è inadempiente al contratto, l'autorità pubblica non dovrebbe in genere trovarsi in condizioni migliori. La dottrina del legittimo affidamento si basa sul principio di equità.”⁹

73. In **Council of Civil Service Union and Others c. Minister of Civil Service** [1985] AC 374 al 401A-B, la dottrina del legittimo affidamento è stata spiegata come segue:

“Ma anche quando una persona che rivendica qualche beneficio o diritto non vi abbia titolo, come in materia di diritto privato, può avere un legittimo affidamento di ottenere il beneficio o il diritto, e in tal caso, il giudice tutelerà il suo affidamento attraverso il controllo giurisdizionale come una questione di diritto privato”.

...

Il legittimo o ragionevole affidamento può derivare sia da una promessa espressa formulato per conto di un'autorità pubblica o dall'esistenza di una prassi corrente che l'attore può ragionevolmente attendersi che prosegua”.

⁹ **Regina c. Island Revenue Commissioners** [1989] 1 WLR 1545 a 1569H-1570A.

74. In **Stitch c. AG Fed** (1986) 5 NWLR (Pt 46) 1007 al 1039F-H, il Giudice della Corte Suprema nigeriana Coker, ha statuito che:

“La causa Council of Civil Service Union and Others c. Minister of Civil Service (1984) 3 All ER 935 è il precedente per il principio secondo cui il danneggiato ha il diritto di invocare il sindacato giurisdizionale qualora sia in grado di dimostrare che la decisione di un'autorità pubblica lo ha pregiudicato privandolo di qualche beneficio o vantaggio su cui in passato lui o qualsiasi cittadino avevano fatto affidamento Tale legittimo affidamento può derivare sia dalla promessa espressa formulata per conto di un'autorità pubblica o dall'esistenza di una prassi corrente che l'attore può ragionevolmente attendersi che prosegua. In questo caso, è pacifico che qualsiasi importatore di autovetture che soddisfi le tre condizioni sopra indicate otterrebbe naturalmente una licenza d'importazione. Su questa base l'attrice ha importato l'automobile ed era ragionevole attendersi che avrebbe ottenuto la licenza d'importazione se non fosse stato per una sospensione illegittima della concessione derivante da una questione che non rientrava nell'ambito di competenza dell'Autorità per le Licenze d'Importazione”.

75. In **Federal Board of Inland Revenue c. Halliburton (WA) Ltd** (2014) LPELR-24230 (CA) alle pagine 40-41, Ikyegh JCA della Corte d'Appello nigeriana ha spiegato il significato della dottrina del legittimo affidamento come segue:

“Ciò che la dottrina postula è che, quando un ente pubblico o una persona che opera nell'autorità pubblica ha formulato una promessa o ha operato in un determinato modo, i cittadini che devono subire gli effetti della gestione degli affari pubblici secondo le modalità stabilite dalla legge, richiederebbero, per legge, che la promessa o la prassi sia onorata o mantenuta dall'ente pubblico o dalla persona che opera nell'autorità pubblica, salvo che vi siano validi motivi per discostarsi dal sistema consolidato di gestione degli affari pubblici. La dottrina, pertanto, impone agli enti pubblici di essere corretti, chiari e coerenti nei loro rapporti con il pubblico. In altre parole, la dottrina del legittimo affidamento si basa sull'esistenza di una prassi corrente da parte di un ente pubblico che l'attore può ragionevolmente attendersi che prosegua o si mantenga e si basa quindi sullo stato attuale per svolgere o gestire i propri affari o la propria attività in previsione della presenza della prassi corrente per rispondere al caso dell'attore. “I pilastri di tale dottrina sono il commercio equo e aperto.

76. Nel caso in oggetto, a parte i sei momenti individuati al paragrafo 60 che precede, c'è cospicua evidenza del fatto che l'ICP si caratterizzava per flessibilità e che il FGN, di solito, non facesse valere le obbligazioni aventi ad oggetto termini temporali nei confronti degli assegnatari ICP. Ho già osservato prima che Zebra Energy, Heritage Oil and Gas e Optimum, non avevano pagato per tempo i rispettivi bonus di firma e in nessuno di questi casi l'OPL è stata revocata per ritardato pagamento del bonus di firma.

77. Considerata la prassi relativa all'ICP di cui sopra, sono del parere che il tribunale nigeriano, ove interpellato, avrebbe annullato la presunta revoca del 2 luglio 2001, in quanto in violazione del legittimo affidamento di Malabu.

78. Per le ragioni di cui sopra, (a) il pagamento puntuale degli oneri dovuti, incluso il bonus di firma, non era fondamentale ai sensi del contratto di assegnazione dell'OPL 245; (b) i termini dell'assegnazione dell'OPL contenuti nella lettera del 29 aprile 1998 erano stati modificati dal FGN e da Malabu; (c) il FGN ha rinunciato a qualsiasi diritto potesse far valere contro il ritardo nell'adempimento o, alternativamente, ha rinunciato al diritto di ribadire che il termine temporale fosse fondamentale per l'adempimento dei termini e delle condizioni stabilite nelle assegnazioni effettuate ai sensi dell'ICP; e (d) il FGN non poteva distaccarsi dal legittimo affidamento creato in Malabu che gli obblighi contenuti nella lettera di assegnazione del 29 aprile 1998 non sarebbero stati applicati.

79. La revoca del 2 luglio 2001 era invalida anche sotto il profilo procedurale.

80. Le procedure per la revoca di una OPL sono stabilite principalmente nei paragrafi da 25 a 29 dell'Allegato 1 del Petroleum Act del 1969, che non è stato rispettato. Le procedure sono riassunte come segue:

- a. Paragrafo 25: il Ministro dovrà comunicare al titolare dell'OPL i motivi in base ai quali è prevista la revoca della sua OPL e invitare il titolare dell'OPL a fornire le spiegazioni richieste.

- b. Paragrafo 26: se il Ministro è soddisfatto della spiegazione, può invitare il titolare dell'OPL a rettificare il caso denunciato entro un determinato periodo di tempo.
- c. Paragrafo 27: se il titolare dell'OPL non fornisce spiegazioni o fornisce spiegazioni insufficienti o non pone rimedio alla questione denunciata entro il periodo specificato, il Ministro può revocare l'OPL.
- d. Paragrafo 28: un avviso inviato all'ultimo indirizzo noto del titolare dell'OPL in Nigeria o al suo avvocato e pubblicato nella Gazzetta ufficiale federale sarà, a tutti gli effetti, sufficiente a informare il titolare dell'OPL della revoca della sua OPL.
- e. Paragrafo 29: la revoca lascerà impregiudicate le eventuali passività eventualmente assunte dal titolare dell'OPL.

81. La revoca o cancellazione dell'OPL 245 di Malabu il 2 luglio 2001 non ha rispettato *nessuna* delle procedure di cui ai punti da 25 a 28 dell'Allegato 1 del Petroleum Act del 1969. Ad esempio, l'avviso non ha esposto a Malabu i motivi in base ai quali è stata presa in considerazione la revoca dell'OPL 245. In secondo luogo, l'avviso non invitava Malabu a fornire spiegazioni. In terzo luogo, il Ministro non ha considerato la sufficienza o meno di qualsiasi spiegazione che Malabu avrebbe potuto fornire. In quarto luogo, il Ministro non ha invitato Malabu a rettificare i fatti denunciati entro un determinato periodo di tempo. Infine, il presunto avviso di revoca non è stato pubblicato sulla Gazzetta come richiesto.

82. Risulta evidente dalle decisioni della Corte Suprema della Nigeria nei casi FGN contro Zebra Energy (mancato rispetto della procedura di revoca) e NNPC contro Famfa Oil (mancato rispetto della procedura obbligatoria che richiedeva la negoziazione con il titolare dell'OPL/OML prima dell'esercizio dei diritti di *back-in*) che tale organo decisorio ha accantonato la revoca del 2 luglio 2001, tra le altre cose, per il mancato

rispetto della procedura di revoca di cui agli articoli da 25 a 28 dell'Allegato 1 al Petroleum Act del 1969.

83. Per queste ragioni, anche se, contrariamente a quanto ritengo, fossero esistiti motivi per la revoca dell'OPL 245 di Malabu, il mancato rispetto dei requisiti procedurali di cui ai punti da 25 a 29 dell'Allegato 1 del Petroleum Act del 1969 ha reso nulla la revoca del 2 luglio 2001: cfr. **FGN c. Zebra Energy**, *supra*.

L'offerta di SNUD per l'OPL 245

84. Nel 2002, il FGN ha invitato SNUD, ExxonMobil e Chevron a presentare un'offerta per la riassegnazione dell'OPL 245. SNUD è risultata assegnataria dell'OPL 245 il 23 maggio 2002 su una base di ripartizione della produzione, subordinatamente al pagamento di un bonus di firma di 210 milioni di USD, che all'epoca era il più elevato bonus di firma offerto per un blocco petrolifero in Nigeria.

85. Malabu ha contestato la revoca della sua concessione e la riassegnazione a SNUD sulla base di carenza di trasparenza e correttezza dal momento che SNUD era già soggetta a un contratto di *farm-in* vincolante con Malabu.

86. Il 22 dicembre 2003, SNUD ha sottoscritto un contratto di ripartizione della produzione con la Nigerian National Petroleum Corporation ("NNPC") che conferiva a SNUD il diritto esclusivo di sfruttare l'OPL 245 in qualità di appaltatore di NNPC per una durata di 30 anni.

H. CONTENZIOSO SULLA REVOCA DELL'OPL 245 E L'ACCORDO TRANSATTIVO DEL 2006

Il Contenzioso di Malabu presso l'Alta Corte Federale del 2003

87. Con atto di citazione appositamente vidimato datato 10 settembre 2003 e modificato il 18 maggio 2004, Malabu ha instaurato un procedimento

- Causa n. FHC/ABJ/CS/420/2003 - nei confronti del FGN, SNUD e della sua società madre, Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limited ("SPDC"), chiedendo provvedimenti cautelari e di accertamento, ivi incluse le dichiarazioni di validità ed efficacia dell'assegnazione dell'OPL 245 a Malabu da parte del FGN, il presunto ritiro dell'OPL 245 e la successiva revoca dell'atto di proprietà dell'OPL 245 senza alcun preavviso o motivo e in un momento in cui Malabu aveva rispettato tutte le condizioni previste per legge e da contratto erano "arbitrari, pretestuosi, contrari alle regole di equità, illegittimi e nulli", che l'assegnazione del blocco a SNUD era illegittima e nulla. Ha inoltre chiesto un provvedimento inibitorio che impedisse alla Convenuta di interferire con i suoi diritti e interessi sull'OPL 245.

88. Malabu ha sostenuto di aver ottenuto l'OPL 245 ai sensi dell'ICP e di aver rispettato le condizioni dell'assegnazione dell'OPL 245: ha pagato gli oneri sulla domanda e d'offerta e ha pagato parzialmente il bonus di firma. Il DPR ha preso atto del suo pagamento e l'ha ricevuto.

89. Malabu ha inoltre sostenuto che, come previsto dall'ICP, aveva avviato trattative con SNUD per lo sfruttamento in comune dell'OPL 245 e ha tenuto informato il FGN dello stato di avanzamento delle trattative con comunicazioni del 12 gennaio 2000, 2 febbraio 2000, 9 marzo 2000, 19 marzo 2001 e 23 marzo 2001, e del 30 marzo 2001, di aver venduto il 40% di OPL 245 a SNUD e di aver stipulato tutti i necessari documenti contrattuali con SNUD e che SNUD aveva pagato il saldo del bonus di firma, che il 9 aprile 2001 il FGN gli aveva concesso l'autorizzazione ad avviare l'attività e che il 24 maggio 2001 il FGN le ha trasmesso una copia dell'atto di proprietà.

90. Con comunicazione del 2 luglio 2001 è stata informata del fatto che "l'assegnazione dell'OPL 245 a Malabu è stata ritirata e l'atto di proprietà rilasciato è stato revocato". Malabu afferma di aver adempiuto integralmente alle condizioni dell'assegnazione dell'OPL 245 e di non essere mai stata informata, in precedenza o successivamente al presunto ritiro e revoca dell'OPL 245, dell'intenzione di ritirare o

revocare il diritto, né è stata fornita alcuna motivazione a sostegno della revoca nonostante i suoi sforzi e le sue impugnazioni, come si evince dalla sua comunicazione al FGN del 13 luglio 2001, allo scopo di conoscere il motivo per cui l'OPL 245 è stata revocata e l'OPL 245 è stata successivamente assegnata a SNUD.

91. Il 14 ottobre 2003, il FGN ha depositato una replica sottoscritta da Akinlolu Olujinmi SAN, l'Attorney General e il Ministro della Giustizia dell'epoca, sostenendo, al paragrafo 5, che i "convenuti affermano categoricamente che parte attrice non ha rispettato le condizioni sulla base del quale era stata fatta l'assegnazione poiché i ricorrenti non avevano né pagato quanto dovevano ai sensi dei paragrafi (i) e (ii) della lettera di assegnazione né avevano confermato l'accettazione dell'offerta di assegnazione entro 30 giorni". Ha inoltre sostenuto che l'azione fosse vietata dall'articolo 2, lettera (a) del POPA. Le difese fondate sul mancato pagamento dei pagamenti previsti per legge nel termine di 30 giorni sono state abbandonate il 27 maggio 2005 quando il FGN ha depositato una memoria modificata, lasciando in piedi, in sostanza, solo le argomentazioni difensive fondate sul POPA.

92. Alla luce della vicenda della causa Malabu e della sentenza della Corte Suprema nella causa **FGN c. Zebra Energy** è stato corretto abbandonare le argomentazioni difensive che sostenevano il mancato adempimento dei termini di cui alla lettera di assegnazione del 29 aprile 1998. Come linea difensiva era priva di fondamento e destinata ad essere rigettata. Ciò significa che l'unica argomentazione difensiva percorribile per il FGN era il termine di prescrizione fondato sul POPA. Per le ragioni che illustro di seguito, la linea difensiva fondata sul POPA era ugualmente priva di fondamento e destinata ad essere rigettata, con il risultato che il FGN non aveva alcuna argomentazione difensiva ed era inevitabilmente destinato a soccombere. In breve, si limitava a posticipare la sua inevitabile soccombenza continuando a resistere in giudizio.

93. NNPC, che era la terza convenuta, ha presentato una replica il 27 maggio 2005 sostenendo che non le era stata trasmessa la necessaria comunicazione preventiva dell'intenzione di intentare un'azione legale nei suoi confronti, come previsto dall'articolo 12, paragrafo 1, del *NNPC Act* del 1977, e che il ricorso era parimenti escluso a norma dell'articolo 2 del POPA.
94. Il 24 gennaio 2005, SNUD ha depositato una replica sostenendo che, in base ai suoi contratti con Malabu, qualsiasi controversia tra le parti doveva essere deferita ad arbitrato ai sensi del regolamento della ICC e che, di conseguenza, l'Alta Corte Federale di Abuja era incompetente.
95. Successivamente, diversi convenuti hanno presentato domande cautelari, sollevando diverse eccezioni e spiegando perché la domanda di Malabu doveva essere respinta in via sommaria e senza processo. Alcuni hanno sostenuto di essere stati indebitamente chiamati in giudizio. Le principali eccezioni erano basate sull'articolo 2(a) del POPA, per esempio, così come articolato dal FGN nella sua prima obiezione preliminare del 23 maggio 2005.

La sentenza del Giudice Nyako del 16 marzo 2006

96. In una Sentenza del 16 marzo 2006, il Giudice Nyako, con una breve Sentenza di 4 pagine, ha accolto le eccezioni e ha archiviato il procedimento in quanto prescritto. Alle pagine 3 e 4, il Giudice ha dichiarato quanto segue:

"Nel caso in esame, l'Attrice, al paragrafo 14 del suo Atto di Citazione, ha dichiarato che con comunicazione del 2 luglio 2001, essa (*sic*) è stata informata che la Licenza di Prospezione Petrolifera era stata ritirata e che l'atto di proprietà rilasciato era stato revocato. La stessa (*sic*) ha intentato una causa in quella data. L'Attrice non ha invocato il dolo della malafede. Il procedimento è stato avviato l'11 settembre 2003. Con l'entrata in vigore del *Public Officers Protection Act*, essendo il secondo Convenuto un funzionario pubblico analogamente agli altri Convenuti, è stato disposto un provvedimento di rigetto in ragione (*sic*) del loro svolgimento di funzioni pubbliche, l'Attrice avrebbe dovuto adire la Corte entro 3 mesi decorrenti dal verificarsi degli eventi a fondamento dell'azione.....

Di conseguenza, ritengo che questa azione, avendo carattere istituzionale, è disciplinata dal *Public Officers Protection Act* e poiché l'Attrice non ha adito la Corte entro il termine previsto, questa azione sia prescritta (*sic*) e la Corte non può che emettere un provvedimento di rigetto e dispongo in tal senso".

97. Mediante ricorso datato 31 marzo 2006, Malabu ha impugnato il rigetto dell'azione da parte del giudice Nyako (Ricorso n. CA/A/99/M/06) contestando, inter alia, la sua conclusione secondo cui il POPA escludeva la possibilità di far valere la domanda (Argomento 2 dell'Atto di ricorso).

Accordo Transattivo del 2006 e Sentenza di Accoglimento

98. In data 30 novembre 2006, Malabu ha stipulato un accordo transattivo con il FGN e NNPC (l'"**Accordo transattivo del 2006**"') in base al quale le parti hanno convenuto di dirimere la controversia secondo i termini e le condizioni previste dall'accordo transattivo, che erano i seguenti:

- a. Senza alcuna ammissione di responsabilità per qualsiasi presunto illecito, il FGN accettava di riassegnare l'OPL 245 a Malabu entro 30 giorni.
- b. Il nuovo bonus di firma era di 210 milioni di USD (dai quali vanno sottratti i 2,04 milioni di USD pagati il 25 maggio 1999) dovuti entro 12 mesi dalla data del ripristino dell'OPL 245 in favore di Malabu.
- c. Malabu aveva il diritto di cedere l'OPL 245 o parte di essa conformemente alle disposizioni del Petroleum Act del 1969.
- d. Malabu liberava e svincolava il FGN e i suoi funzionari e agenti da ogni responsabilità.

99. In data 1° dicembre 2006, il Ministro di Stato del Petrolio ha informato SNUD della decisione del FGN di stipulare una transazione stragiudiziale con Malabu "a seguito di una revisione dei pareri legali sulle prospettive dei convenuti" e che SNUD avrebbe dovuto rinunciare all'OPL 245 ma

che il FGN avrebbe fornito a SNUD un blocco sostitutivo mutualmente accettabile con potenzialità equiparabili.

100. In una lettera del 2 dicembre 2006 a Malabu, il Ministro di Stato per le Risorse Petrolifere ha trasmesso l'approvazione e la disposizione del Presidente Obasanjo che l'OPL 245 fosse ripristinata in favore di Malabu. Nella comunicazione si affermava in particolare che: "l'OPL 245 sarà restituita a Malabu Oil and Gas Ltd con pieno e totale ripristino di tutti i suoi diritti", che tutte le precedenti decisioni incompatibili "che pretendono di privare Malabu Oil and Gas Ltd dei suoi diritti sulla totalità delle concessioni sulla menzionata OPL 245 saranno definitivamente e integralmente annullate come se non fossero mai state adottate", e che, nell'ambito della procedura di composizione bonaria della controversia, il FGN aveva informato SNUD della sua decisione di assegnare a SNUD "un attuale concessionario con un blocco petrolifero alternativo con un potenziale e con prospettive di idrocarburi equiparabili".

101. In data 23 gennaio 2007¹⁰, Malabu ha depositato un Avviso di Estinzione datato 16 gennaio 2007 che, alle Condizioni dell'Accordo Transattivo ivi allegato tra l'Attore e il primo e il sesto Convenuto, estingue la controversia tra di loro, dando Avviso di Estinzione del presente Appello e, di conseguenza, all'udienza del giudizio di Appello fissata per il 24 gennaio 2007, chiederà l'archiviazione dell'Appello". Sulla base dell'Avviso di Estinzione, la Corte d'Appello ha archiviato l'Appello e ha chiuso il procedimento nei confronti delle parti di FGN.

102. In una comunicazione del 27 febbraio 2007¹¹ del Ministro dell'Energia (che comprendeva anche l'ex Ministero delle Risorse Petrolifere) è stata rilevata la discrepanza tra la comunicazione dell'11 dicembre 2006 e le condizioni dell'accordo transattivo del 30 novembre 2006 ed è stato stabilito quanto segue:

¹⁰ Allegato 29

¹¹ Allegato 30

“Il Governo e il presente Ministero, preso atto della discrepanza in ordine alle date tra i due documenti, ma essendo un Governo sovrano, pienamente consapevole dei suoi obblighi debitamente adempiuti e nella sua continua volontà di sostenere e rafforzare lo Stato di diritto, convengono che dalla stipula del contenuto dell’accordo transattivo del 30 novembre 2006 e deliberato dalla corte il 14 dicembre 2006, il pagamento del bonus di firma di 210.000.000 di USD....da parte di Malabu Oil and Gas Limited diviene esigibile e pagabile”.

103. In una comunicazione al Ministro dell’Energia del 16 marzo 2007¹², il Procuratore Generale e Ministro della Giustizia ha dichiarato che, a seguito dell’accordo transattivo del 30 novembre 2006, il FGN ha ripristinato l’OPL 245 “integralmente” a favore di Malabu, subordinatamente al pagamento del bonus di firma di 210 milioni di USD, che la superficie spettava a Malabu e pertanto “era venuta meno la controversia” e che Shell dovrebbe esserne informata. SNUD è stata informata in tal senso dal Ministro dell’Energia a mezzo di comunicazione in data 11 aprile 2007.

104. Con comunicazione dell’11 aprile 2007¹³, il Ministro dell’Energia ha confermato a Malabu che “l’unico concessionario autorizzato dell’OPL 245 è Malabu Oil and Gas Limited e non SNUD o chiunque altro”, che l’accordo transattivo del 2006 trasmesso a SNUD e a Malabu il 1° e 2 dicembre 2006 “conserva la fiducia e l’impegno del Governo della Nigeria ed è definitivo”, che “l’OPL 245, così come è stata ripristinata in capo a Malabu, non è soggetta al regime di “Diritto di *Back-in*”, e che SNUD ha assicurato al Ministro di “non contestare, sulla base di ragioni giuridiche o di altra natura, la proprietà dell’OPL 245 da parte di Malabu e che non intraprenderà alcuna iniziativa, formale o meno, che sia potenzialmente pregiudizievole per i diritti di Malabu.”

L’Accordo Transattivo del 2006 era illegittimo?

105. Ho già osservato in precedenza che la revoca del 2 luglio 2001 dell’OPL 245 era illegittima sia da un punto di vista sostanziale sia da un punto

¹² Allegato 31

¹³ Allegato 32

di vista procedurale e che la decisione di primo grado del Giudice Nyako era errata. L'accordo transattivo del 2006 aveva l'obiettivo di correggere due torti fatti a Malabu: il primo era la revoca illegittima dell'OPL 245 nel luglio del 2001; il secondo la decisione completamente errata del Giudice Nyako del 16 marzo 2006. Alla luce di questo, può l'accordo transattivo del 2006 essere illegittimo ai sensi del diritto nigeriano? Non ho dubbi circa il fatto che la risposta a tale domanda debba essere negativa.

106. Le autorità giudiziarie nigeriane non danno esecuzione a un accordo il cui *scopo, corrispettivo* o la cui *esecuzione* siano illeciti o illegittimi. Qualora risulti dall'esame di un contratto o elemento di prova contenuto nel fascicolo che il contratto è illecito o illegittimo, il giudice d'ufficio prenderà atto dell'illiceità o illegittimità del contratto e ne rifiuterà l'esecuzione¹⁴.

107. Il *Settlement Agreement* del 2006 è stato incorporato nella sentenza di accoglimento della Corte d'Appello ed è quindi confluito in tale sentenza. La Corte d'Appello nigeriana non avrebbe fatto proprio l'Accordo Transattivo del 2006 nell'ambito della sentenza della corte qualora, ai sensi della normativa nigeriana, fossero emersi dei profili di illegittimità dell'accordo perché i tribunali nigeriani sono tenuti a denunciare giudizialmente l'illiceità, oppure l'illegittimità che si manifesta con un accordo che include un accordo transattivo.

Era Ragionevole per il FGN Transare il Giudizio di Impugnazione pur Essendo Risultato Vittorioso in Primo Grado?

108. La soluzione transattiva della controversia è, a livello giuridico, una buona soluzione. È certamente vero che non è ipotizzabile prendere in considerazione una soluzione transattiva in relazione a una causa priva di fondamento: **Wade c. Simeon** (1846) 2 CB 548 al 564; **Chitty On Contracts** (32° ed., 2015), 4-051. Tuttavia vi erano molte buone

¹⁴ Ajavi contro Total (Nig) Plc (2013) 15 NWLR (Pt 1378) 423-439.

ragioni per cui il FGN avrebbe dovuto definire in via transattiva la controversia con Malabu.

109. In primo luogo, l'appello di Malabu era a tal punto infondato che il FGN non ha ottenuto alcuna utilità dalla soluzione transattiva? A mio avviso, l'appello sarebbe stato quasi certamente accolto. La decisione del Giudice Nyako in primo grado era in contrasto con una serie di sentenze della Corte Suprema in cui la Corte ha ripetutamente statuito che il POPA non si applica alle azioni per inadempimento contrattuale. Ad esempio, nella causa **Osun State Govt c. Dalami Nig Ltd**¹⁵, in cui la richiesta è di adempimento in forma specifica o risarcimento dei danni per violazione di un contratto di gestione consortile dei beni dei terzi, la Corte suprema della Nigeria ha respinto la difesa basata sull'articolo 2, lettera a) del POPA perché, secondo il Giudice della Corte Suprema Katsina-Alu:

“È ormai consolidato in giurisprudenza che l'articolo 2 del *Public Officers (Protection) Act* non trovi applicazione in materia contrattuale”.

110. Coerentemente con questo approccio, in una serie di cause i tribunali hanno ritenuto che ai contratti non dovessero applicarsi le disposizioni speciali in materia di prescrizione, come l'articolo 12, paragrafo 1, del *NNPC Act* e l'articolo 2, lettera a), del POPA. Pertanto, le disposizioni sono state ritenute non applicabili a un contratto per la concessione di un'OPL¹⁶, a un contratto per l'ampliamento di un molo¹⁷, a un accordo di gestione consortile¹⁸ e a un contratto per lavori e servizi forniti a un'autorità pubblica¹⁹, né alla revoca di un diritto fondiario²⁰. Nel recente caso di **National Revenue Mobilization Allocation and Fiscal Commission c. Johnson**²¹, deciso dalla Corte Suprema nigeriana il 13 luglio 2018, si è ritenuto che:

¹⁵ (2007) 9 NWLR (Punto 1038) da 66 a 83G.

¹⁶ **FGN c. Zebra Energy Ltd** (2002) 18 NWLR (Punto 789) 162.

¹⁷ **NPA c. Costruzioni Generali** [1974] 1 All NLR (Punto 2) 463 che riteneva l'articolo 97 del *NPA Act* del 1990 analogo all'articolo 2, lettera a) del POPA e all'articolo 12 del *NNPC Act*.

¹⁸ **Osun State Govt c. Dalami Nig Ltd** (2007) 9 NWLR (Punto 1038) 66.

¹⁹ **Kokoorin c. Patigi Local Government** (2009) 13 NWLR (Punto 1038) 66.

²⁰ **Minister, Federal Capital Territory c. Mononia Hotel Nigeria Ltd** (2011) 9 NWLR (Punto 1252) 272.

²¹ (2019) 2 NWLR (Pt 1656) 247 a 270F.

“Non c’è dubbio che un’attenta lettura delle pretese dei convenuti dimostrerà chiaramente che si tratta di un contratto di servizio. È ormai giurisprudenza consolidata, che l’articolo 2 del *Public Officers Protection Act* non si applica ai contratti. Cfr, *Nigerian Ports Authority v Construzioni General, Farsura Cagefar Spa* (1974) 1 All NLR (pt. 2) 463; *Osun State Government v Dalami Nigeria Ltd* (2007) 9 NWLR (Pt. 1038) 66; (2007) 3 SC (Pt. 1) 131...”.

111. Alla luce di queste decisioni della Corte Suprema, in particolare la decisione nella causa **FGN c. Zebra Energy**, che ha comportato la vittoriosa impugnazione di una revoca dell’OPL 248 qualche anno prima, qualunque consulente legale ben informato avrebbe avvertito il FGN che l’appello di Malabu sarebbe stato quasi sicuramente accolto. Se, come era probabile, l’appello fosse stato accolto, la Corte d’Appello avrebbe ripristinato l’OPL 245 in favore di Malabu senza che Malabu fosse tenuta a pagare un nuovo bonus di firma. Tuttavia, l’Accordo Transattivo del 2006 ha permesso al FGN non solo di evitare un’inevitabile soccombenza (analoga a quella subita in **FGN c. Zebra Energy**), ma anche di ottenere un bonus di firma molto elevato - 210 milioni di USD contro i 20 milioni di USD che Malabu aveva pagato nel maggio 2001.

112. Anche se l’appello di Malabu avesse avuto meno del 50 per cento di possibilità di successo, l’Accordo Transattivo del 2006 sarebbe stato comunque una soluzione ragionevole a mio avviso. Questo perché il principio secondo cui un appello privo di fondamento non può portare a una soluzione transattiva ha un ambito di applicazione molto ristretto. Il contenzioso è per sua natura dall’esito incerto. Nella causa **Miles c. New Zealand Alford Estate Co** (1885) 32 Ch D 266, la Corte d’Appello inglese ha spiegato il vero ambito di applicazione del principio. Cotton Lord Justice al paragrafo 284 ha osservato che:

“Ma se la validità di una soluzione transattiva dipende dalla fondatezza o meno della domanda, nessuna soluzione transattiva sarebbe efficace, perché se fosse successivamente contestata, sarebbe necessario interrogarsi sulla fondatezza o meno della domanda”.

113. Nell'ambito della medesima causa, Bowen Lord Justice al paragrafo 291 ha osservato che:

"Mi sembra che, se un soggetto che intende promuovere un'azione in buona fede rinuncia al diritto di contestare una questione in diritto o in fatto che non sia vessatoria o manifestamente infondata, rinunci a qualcosa di valore. È un errore supporre che non corrisponda a un vantaggio, che un attore è in grado di apprezzare, l'essere in grado di promuovere un'azione, anche se risulta che si sia sbagliato. Mi sembra altrettanto sbagliato supporre che a volte non sia uno svantaggio per un individuo doversi difendere in un'azione anche se alla fine riuscirà nella sua difesa".

114. In secondo luogo, una causa che è stata vinta può essere composta in appello. **Olugbade c. Onigbongbo Community**²² dimostra che le parti possono pervenire a una soluzione transattiva di una causa pendente anche presso la Corte Suprema. In **Abey c. Alex** (1999) 14 NWLR (Pt. 637) 148 a 161 Uwaifo, il JSC della Corte Suprema nigeriana ha detto che:

"il potere di transigere o compromettere "in qualsiasi fase del procedimento *pendente*" si estende anche a quello di compromettere le sentenze in determinate situazioni...

Penso che l'accento dovrebbe essere posto sul fatto che se una sentenza non viene eseguita, ma può ancora essere eseguita secondo la procedura corretta, si potrebbe dire che si tratta di un passo avanti in qualsiasi fase del procedimento in corso. In tal senso e con tale status, una sentenza può essere compromessa dalle parti in causa. Non vedo niente di insolito o illecito in tutto questo. Questo è ciò che in effetti è accaduto alle sentenze delle consolidate cause Kalabari Native n. 321/46 e n. 352/46 quando le parti hanno raggiunto un compromesso come indicato nell'Allegato B...

Deve quindi essere chiaro e incontestabile che la parte vincitrice della sentenza del tribunale di Kalabari Native poteva risolvere tale sentenza in qualsiasi modo ritenuto opportuno. Ciò non è in alcun modo illecito o contrario all'ordine pubblico." (Sottolineatura aggiunta)

115. In **Star Paper Mill Ltd c. Adetunji** (2009) 13 NWLR (Pt. 1159) 647 a 663B, il JSC Oguntade ha affermato:

"Una sentenza del tribunale spesso risolve le questioni controverse tra le parti e si pronuncia sui loro diritti. Non c'è

²² [1974] All NLR 82.

nulla che impedisca alle parti, in seguito alla sentenza del tribunale, di cambiare la loro posizione [rispetto alla loro posizione precedente] al fine di compromettere i termini della sentenza dell'Alta Corte". (Sottolineatura)

116. La ragione di quanto sopra è che una sentenza in una causa civile (salvo che non abbia un elemento di ordine pubblico a causa del suo oggetto) conferisce un diritto privato a beneficio della parte vincitrice. Tale diritto può generalmente essere trasferito dalla parte stessa a un'altra persona o ceduto alla parte che ha perso o addirittura abbandonato senza che la sentenza sia stata eseguita, o in caso di sua esecuzione parziale: *Abey c. Alex*, supra, a 160F.

117. Vi erano valide ragioni per riassegnare l'OPL 245 a Malabu.

In primo luogo, Malabu aveva molte probabilità di risultare vittoriosa in appello, analogamente a quanto ottenuto da Zebra Energy per la sua OPL 248: si veda **FGN c. Zebra Energy**. In secondo luogo, non vi erano motivi, ai sensi della legislazione petrolifera, in base ai quali l'OPL 245 di Malabu avrebbe potuto essere revocata il 2 luglio 2001.

In terzo luogo, il FGN non ha seguito la procedura di cui ai punti 25-29 del Petroleum Act del 1969 per la revoca di un'OPL. Da un lato, a Malabu non è stata data alcuna comunicazione in ordine alla presunta violazione, né è stata invitata a sanare tale violazione. Tali contestazioni sono state formulate nell'Atto di Citazione Modificato di Malabu del 18 maggio 2004.

118. Infine, e forse è un aspetto ancora più importante, il contenzioso di Malabu rischiava di protrarsi per oltre 10 anni, con la conseguenza che l'OPL 245 non poteva essere esplorata, resa produttiva o convertita in liquidità. Un'analogia controversia tra il FGN e South Atlantic Petroleum in merito ai depositi dell'OPL 246 è pendente dal maggio 2006. Nel gennaio 2018, dopo 10 anni presso la Corte Suprema, il ricorso è stato rinviato alla Corte d'Appello per un nuovo dibattimento²³. Nel febbraio 2019, South Atlantic ha presentato un'impugnazione incidentale alla

²³ **South Atlantic Petroleum Ltd contro Minister of Petroleum Resources** (2018) 6 NWLR (Pt 1616) 301.

Corte Suprema in merito al rifiuto della Corte d'Appello di consentirle di apportare modifica al proprio atto di impugnazione del 2006. È improbabile che la trattazione di tale impugnazione incidentale avvenga prima del 2021, dopodiché la causa ritornerebbe alla Corte d'Appello per essere discussa nel merito. Una decisione sul merito è quasi certamente destinata a tornare alla Corte Suprema. Sarebbe un miracolo se il contenzioso di South Atlantic Petroleum si concludesse prima del 2030 - circa 24 anni dopo il suo inizio! In questo contesto, non era evidentemente opportuna per l'FGN la prosecuzione del contenzioso contro Malabu.

119. Come ho spiegato in precedenza, le assegnazioni di superfici ai sensi dell'ICP non erano soggette ai rigorosi vincoli del Petroleum Act del 1969. In particolare, la capacità finanziaria e tecnica viene acquisita attraverso partnership tecniche e, il conseguente *farm-in* (o vendita di una quota dell'OPL al partner tecnico), è quasi sempre la fonte del pagamento del bonus di firma. Se Malabu non poteva pagare 20 milioni di USD di bonus di firma con risorse proprie, come avrebbe potuto pagare 210 milioni di USD? Non era previsto che pagasse con le proprie risorse in quanto non ne disponeva e la decisione di non revocare l'OPL per il mancato pagamento del bonus di firma di 210 milioni di USD era coerente con la prassi relativa alle assegnazioni di ICP. Tale circostanza, tuttavia, non ha reso l'Accordo Transattivo del 2006 illegittimo, illecito o fraudolento.

L'Accordo Transattivo del 2006 e la Sentenza di Accoglimento sono validi?

120. Con riferimento alla legge nigeriana, che disciplina l'Accordo Transattivo del 2006, tale accordo è valido.

121. Non sono a conoscenza dell'esistenza di alcun elemento che avrebbe potuto viziare l'Accordo Transattivo del 2006 o la sentenza di accoglimento della Corte d'Appello. Non vi sono stati errori, false dichiarazioni o occultamenti che avrebbero potuto viziare l'Accordo

Transattivo del 2006. Non vi è nulla di illegittimo nella formulazione, nello scopo o nella prevista esecuzione dell'Accordo Transattivo del 2006. I tribunali nigeriani non possono applicare un accordo illegittimo, indipendentemente dalla volontà delle parti.

122. L'obiettivo di una soluzione transattiva era quello di comporre la controversia in cui le parti sono state in precedenza coinvolte. La o le *causa/ae petendi* che ciascuna di esse aveva o avrebbe potuto avere prima della soluzione transattiva sono venute meno e, qualora la soluzione transattiva sia contenuta in una sentenza di accoglimento, tali *causae petendi* confluiscono nella sentenza. La soluzione transattiva generava una nuova causa di azione e la precedente causa di azione si era estinta integralmente: **McCallum c. Country Residence Ltd** [1965] 1 WLR 657 a 660E-H. Ciò significa che le pretese originarie non possono essere riproposte in caso di violazione da parte di una delle parti, salvo che dalla corretta interpretazione della soluzione transattiva emerga chiaramente che ciò corrispondeva alla volontà delle parti.

123. Nella recente decisione della Corte Suprema nella causa **Lawson c. Okoronkwo** (2019) 3 NWLR (Pt 1658) 66 a 74G, la Corte ha rilevato che:

“Nello spirito del ruolo del giudice, che è quello di incoraggiare la composizione amichevole delle controversie extragiudiziali, i termini di composizione sono un pilastro importante nell'aggiudicazione moderna. I termini di composizione sono la composizione amichevole della controversia tra le parti in via extragiudiziale *senza entrare nel merito della questione o del ricorso*. I termini di composizione... formano o costituiscono un compromesso tra le parti nel contenzioso. È un contratto in base al quale si costituiscono nuovi diritti in sostituzione e a fronte della rinuncia alla domanda o alle domande pendenti in tribunale”.

124. Una sentenza di accoglimento crea un *estoppel* e impedisce alle parti di ripresentare i fatti e le controversie composte dalla sentenza di accoglimento. Un tribunale non è competente a conoscere della *causa petendi* alla base di un procedimento che è stato composto da una soluzione transattiva, poiché tale *causa petendi* originaria è stata

reciprocamente estinta e non può essere riproposta semplicemente promuovendo un giudizio sulla base di essa.²⁴

125. L'Accordo Transattivo del 2006 era ragionevole e rifletteva gli esiti dei contenziosi relativi ad altri blocchi in acque profonde revocati.²⁵ Come l'OPL 248 di Zebra Energy e l'OPL 247 di Heritage Oil and Gas.

I. CONCLUSIONE

126. In conclusione, ritengo che:

- a. L'assegnazione dell'OPL 245 a Malabu è stata conforme all'ICP e alla normativa nigeriana.
- b. La revoca dell'OPL 245 del 2 luglio 2001 era nulla ai sensi della normativa nigeriana in quanto non rispettava gli aspetti sostanziali e procedurali della legislazione petrolifera nigeriana.
- c. La decisione del Giudice Nyako del 16 marzo 2006, che ha respinto il ricorso di Malabu contro la revoca dell'OPL 245 del 2001, era errata poiché non prendeva in considerazione una serie di decisioni della Corte Suprema della Nigeria, che dovevano essere vincolanti ai sensi del principio dello *stare decisis*, in merito al fatto che il POPA non si applicava alle cause per inadempimento contrattuale quali la revoca dell'OPL 245.
- d. L'accordo transattivo del 2006 ha sanato la revoca illegittima del 2 luglio 2001 nonché l'errata decisione del Giudice Nyako ed era perfettamente legittimo ai sensi della normativa nigeriana.

127. Attesto la paternità e la veridicità delle precedenti opinioni, e che sono consapevole dei miei doveri in qualità di esperto.

²⁴ **Obayiuwana c. Ede** (1998) 1 NWLR (Pt 535) da 670 a 678H - 679H.

²⁵ **Zebra Energy Ltd c. FGN** (2002) 18 NWLR (Punto 798) 162.

**PROFESSOR FIDELIS ODITAH QUEEN'S COUNSEL, SAN
LAGOS, 22 MARZO 2019**

BIBLIOGRAFIA

TESTI

1. A. Akinrele, Nigeria Oil & Gas (2005, OGEL) 91-92
2. Chitty on Contracts (32esima ed., 2015) 4-051
3. G Etikerentise, Nigerian Petroleum Law (Dredew, 2nda ed., 2004), 96

LEGGI

1. Costituzione della Nigeria del 1999, come modificata
2. Deep Water Allocations (Back-in-Rights) Regulations 2003
3. Nigerian Enterprises Promotion Decree 1972
4. Nigerian Enterprises Promotion Decree 1977
5. Nigerian Enterprises Promotion Act 1989
6. NNPC Act LFN 2004
7. NPA Act LFN 2004
8. Petroleum (Drilling and Production) Regulations 1969
9. Petroleum Act 1969
10. Public Officers Protection Act

CASI

1. Abey v Alex (1999) 14 NWLR (Pt 637) 148
2. Ajayi c. Total (Nig) Plc (2013) 15 NWLR (Pt 1378) 452
3. Ariori c. Elemo (1983) All NLR 1
4. Council of Civil Service Union and Others c. Minister of Civil Service [1985] AC 374
5. Federal Board of Inland Revenue c. Halliburton (WA) Ltd (2014) LPELR-24230 (CA)
6. FGN c. Zebra Energy(2002) 18 NWLR (Pt 798) 162
7. Kokoorin c. Patigi Local Government (2009) 13 NWLR (Pt 1164) 205
8. Lawson c. Okoronkwo (2019) 3 NWLR (Pt 1658) 66
9. McCallum c. Country Residence Ltd [1965] 1 WLR 657
10. Miles c. New Zealand Alford Estate Co (1885) 32 Ch D 266
11. Minister, Federal Capital Territory c. Mononia Hotel Nigeria Ltd (2011) 9 NWLR (Pt 1252) 272
12. National Revenue Mobilization and Fiscal Commission c. Johnson [2019] 2 NWLR (Pt 1656) 247
13. NNPC c. Famfa Oil Ltd (2012) 17 NWLR (Pt 1328) 138
14. NPA c. Costruzioni Generali [1974] 1 All NLR (Pt 2) 463
15. Obayiuwana c. Ede (1998) 1 NWLR (Pt 535) 670
16. Olugbade c. Onigbongbo Community[1974] All NLR 82
17. Osun State Govt c. Dalami Nig Ltd (2007) 9 NWLR (Pt 1038) 66
18. Regina c. Island Revenue Commissioners [1989] 1 WLR 1545
19. South Atlantic Petroleum Ltd c. Minister of Petroleum Resources (2018) (Pt. 1616) 301
20. Star Paper Mill Ltd c. Adetunji (2009) 13 NWLR (Pt 1159) 647
21. Stitch c. AG Fed (1986) 5 NWLR (Pt 46) 1007
22. Wade c. Simeon (1846) 2CB 548