

J.M. van Dunne

**De herfsttij der relativiteitsleer. Het beroep op de strekking van de wet bij aansprakelijkheid van toezichthouders nader bezien naar aanleiding van de arresten *Duwbak Linda* (2004) en *Barneveld – Gasunie* (2007). Een terugblik op *Total* (2002) en *Akzo* (2001) en relativiteit bij bodemvervuiling**

Inleiding

Het leerstuk van de relativiteit, ik vertel de doorgewinterde lezer van dit blad niets nieuws, behoort niet tot de door mij gekoesterde onderdelen van het verbintenissenrecht. Al enige tijd had ik de gedachte dat het interessant zou zijn om in het kader van dat leerstuk gedaan beroep op de strekking van de wet, teneinde de *Schutznorm* bloot te leggen die een eiser zou beschermen ('Schutz' bieden) of juist in de kou laten staan, zoals te kennen uit de recente jurisprudentie aan de orde te stellen. Met het arrest van 7 mei 2004, inzake *duwbak Linda*, was de relativiteitsleer andermaal in de Haagse Kazernestraat op het schild geheven, terwijl een enkele schrijver dat wat morrend beschouwde. Dat voornemen kreeg een sterke impuls met het verschijnen van het arrest van 13 juli jl. in de *RvdW* waarin weinig over gebleven is van de relativiteitsleer, evenals trouwens in een arrest als dat met betrekking tot *Vie d'Or*, van 13 oktober vorig jaar.

In het hier volgende wordt allereerst op de positie van de overheid als toezichthouder ingegaan, als keuringsautoriteit van binnenschepen en als bewaker van bouwvoorschriften en verlener van bouwvergunningen. Na een inventarisatie van de jongste rechtspraak op dat gebied, komt de toepassing van de relativiteitsfiguur bij verhaalsacties van de overheid wegens bodemverontreiniging aan de orde, waar de strekking van de wet, en het zoeken naar wettelijk beschermde belangen al enige tijd de toon gezet heeft, culminerend in de arresten uit 2002 en 2001, inzake *Total* en *Akzo*, bedrijven die op het gebied van bodemvervuiling enige naam gemaakt hebben.

**Deel 1. Aansprakelijkheid van toezichthouders en relativiteit**

1 Het *duwbak Linda*-arrest (2004)

1.1 Het eerste arrest dat ik aan de orde wil stellen is *duwbak Linda*, Hoge Raad 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281<sup>1</sup>. Evenals de uitspraken die nog volgen is dit een arrest dat in de vakliteratuur ruime aandacht gekregen heeft, als standaardarrest van de Hoge Raad over het leerstuk van relativiteit bij aansprakelijkheid van de overheid, en aansprakelijkheidsrecht in het algemeen.<sup>2</sup> Dat leerstuk, naar huidig recht gebaseerd op art. 6:163 BW, gaat terug op de arresten uit de jaren vijftig, *tandarts* en *straaljager*, waarbij Langemeijer in zijn conclusie als P-G de

---

<sup>1</sup> HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281, nt Hijma, *Paes Faciliteiten BV (voorheen: Van Hasselt's Baggermij. BV) – Van Duyvendijk & Zn c.s. en de Staat*.

<sup>2</sup> Zie de literatuur genoemd door Hijma in zijn noot, onder nr 11, waarop hieronder nog zal worden ingegaan.

zogenaamde ‘correctie van Langemeijer’ gelanceerd heeft (waarover hieronder meer). Overigens was die straaljager een Spitfire, heb ik eens van een student met vlieghobby geleerd; juristen gaan altijd heel slordig met feiten om. Het leerstuk is het gemakkelijkst te vatten aan de hand van het tandarts-arrest van 1958: Beunhaas vestigt zich naast Tandarts, en pikt patiënten weg. Tandarts spreekt Beunhaas aan uit onrechtmatige daad met als grondslag het in strijd met de wet zonder universitair diploma uitoefenen van de tandheelkunde. Dat feit stond vast, maar de wetgever had die norm gesteld met het oog op bescherming van de volksgezondheid, en niet van de omzet van gevestigde, gediplomeerde tandartsen. Dat laatste belang wordt door de wettelijke norm dus niet beschermd; het leerstuk heet in het Duitse recht niet voor niets ‘Schutznorm’-theorie (al wordt het daar totaal anders toegepast, maar dat terzijde). Meteen maar even de ‘correctie van Langemeijer’: ook al kan een vordering niet slagen omdat de geschonden wettelijke norm niet gericht is op bescherming van een belang van eiser dat geschaad werd, er kan daarnaast een *ongeschreven* norm van maatschappelijke betamelijkheid geschonden zijn, die aan eiser alsnog bescherming kan bieden. Een correctie die overigens op curieuze wijze ontbrak in de procesvoering van de Staat in bodemsaneringsprocedures in de jaren ’80 en ’90, waarop de arresten *Akzo* en *Total* een vervolg zijn. Niet geschoten is altijd mis.

Maar nu de feiten van de duwbak-zaak. Van Hasselt koopt op 23 januari 1992 een 32 jaar oude duwbak ‘Antarctica II’, die hij omdoopt met de aansprekende naam ‘Linda’. Beide namen blijken cosmetisch bedoeld: de duwbak wordt naderhand omschreven als in ‘een deplorabele en lekke toestand’, ook als ‘kuis verrot’, maar dan heeft de koper al een schade van ruim 3,5 miljoen gulden opgelopen, omdat de bak tijdens werkzaamheden plotseling gezonken was, en daarbij enkele andere schepen waaraan hij met kabels verbonden was, meegesleurd en beschadigd had. Dat gebeurt in een grind- en zandgat, waar de bak geladen werd met zand; halverwege het laden gebeurt het ongeluk ’s nachts, op 23 april 1993. De schepen van Van Hasselt die schade oplopen zijn de ‘Annette’, de ‘Vrouw Johanna’ en de ‘Moonlight’, poëtische namen voor respectievelijk, een drijvende zandsorteerinstallatie, een emmerbaggermolen en een ponton met zandwasinstallatie. Nu komt het relativiteitselement in het spel: de duwbak was kort na de aankoop op deugdelijkheid gekeurd door de Scheepvaartinspectie, die dit uitbesteed had (privatisering boppe) aan het bedrijf Van Duijvendijk, op grond van de Binnenschepenwet. Op 8 april 1992 werd vanwege de Staat door de Commissie van Deskundigen ‘het certificaat van onderzoek’ voor 7 jaar verlengd, de wettelijke termijn. Men voelt het al aankomen, ook de Staat wordt door Van Hasselt tot schadevergoeding aan gesproken omdat de keuring in hoge mate onzorgvuldig geweest zou zijn. Niet alleen was de duwbak een jaar later plotseling gezonken (oorzaak: corrosie van de bodem), de vorige eigenaar had kort voor de verkoop afgezien van verlenging van het certificaat vanwege reparaties die noodzakelijk waren.

Van Hasselt zoekt dus verhaal voor zijn schade op de Staat, die zich verschuilt achter de strekking van de wettelijke norm waarop de keuring en certificaatverlening gebaseerd is, die van *algemene* aard zou zijn, gericht op de ‘algemene veiligheid van het scheepvaartverkeer’, niet op bescherming van belangen van een derde die als gevolg van ondeugdelijkheid van het schip vermogensschade lijdt. Variant dus op het tandarts-arrest, met de bescherming van volksgezondheid tegenover het voorkomen van schade door een teruggelopen omzet van reguliere tandartsen.

Dat is het tableau dat de Hoge Raad voorgelegd wordt. Het is hierbij zonneklaar, dat het vaststellen van de *Schutznorm*, om het klassiek te verwoorden, doel en strekking van de wettelijke norm, haar beschermingsbereik, van essentieel belang is. Aan de uiteenzetting daarover moeten dus hoge eisen gesteld worden: alles staat en valt ermee. Op het OM heeft derhalve een belangrijke taak. Hoge Raad heeft in dit arrest het advies van het OM op dit punt

overgenomen, met ingrijpende gevolgen voor de beslissing. Voor de beoordeling hiervan moet vrij diep ingegaan worden op de wetgeving die in het geding is, en de parlementaire geschiedenis daarvan. Ik vraag de lezer om begrip hiervoor.

1.2 Dan nu een bespreking van de conclusie van A-G Spier in deze zaak. De kern van het arrest a quo, de benadering van het relativiteitsvraagstuk door het hof die in cassatie aangevochten is, wordt door hem aldus weergegeven:

‘Het [Hof] geeft aan dat de relativiteit ontbreekt voor schade als de onderhavige. Het Hof spreekt in dit verband over "de algemene veiligheid van het scheepvaartverkeer" (rov. 9.2) respectievelijk "de algemene veiligheid van de vaart" (rov. 10.2). In casu gaat het evenwel niet om schade die in verband staat met deze veiligheid. Het betrof immers een aangemeerd schip in een grindgat; zie de vaststaande feiten onder 2.7. De schade heeft met enige vaaractiviteit van het schip, laat staan in een vaargebied, niets van doen. Of anders gezegd: zij houdt geen verband met "de algemene veiligheid van het scheepvaartverkeer".’(nr 4.3.2.).

De A-G gaat in op de ‘doelstelling van het afgeven van certificaten voor binnenschepen’, die af te leiden valt aan de parlementaire geschiedenis van de Binnenschepenwet (4.14). Hij stelt eerst dat de voornaamste doelstelling het voorkomen van ongelukken is. Dat wordt uitgewerkt door te beklemtonen aan de hand van citaten uit MvT, VV en MvA van de Binnenschepenwet dat hiermee bedoeld is de ‘veiligheid van de vaart van schepen’ (4.14-4.17). Ook wordt daartoe een beroep gedaan op doel en strekking van de Herziene Rijnvaartakte en daarmee verband houdende verdragen (4.22). Op die Herziene Rijnvaartakte is het Reglement onderzoek schepen op de Rijn 1976 (verder: ROSR) gebaseerd; eerder had de A-G uitgelegd dat het verlenen van certificaten op de ROSR gebaseerd is (4.8.1-4.12.3). Zijn conclusie luidt derhalve:

4.23.1 .... ‘Aangenomen zal daarom moeten worden dat de certificatieplicht betrekking beoogt dienstig te zijn aan het instandhouden van de vrije vaart. Zij ziet daarom niet, ook niet mede, op afgemeerde schepen. Zie nader 4.10-4.12.’

Ook in nr 4.24 e.v. stelt Spier:

4.24 De Binnenscheepvaartwet doet in casu niet ter zake. Blijkens de onder 2 vermelde vaststaande feiten gaat het hier om een beweerdelijk onzorgvuldig afgegeven scheepspatent krachtens de Rijnvaartregeling. Ten overvloede ga ik er nochtans op in.

4.25.1 Uit de MvT, gezien in samenhang met het VV en de MvA, komt het beeld naar voren van een doel en strekking die stroken met de Herziene Rijnvaartakte. Gesproken wordt onder meer van "voorkoming van ongevallen", "verkeersdrukte op de voornaamste vaarwegen" en de "veiligheid van de vaart"; zie nader 4.14, 4.16 en 4.17.

4.25.2 De Binnenscheepvaartwet houdt bovendien een duidelijke aanwijzing in dat gevallen als de onderhavige niet onder haar beschermingsbereik vallen. Artikel 4 onder g bepaalt dat geen certificaat is vereist voor baggermolens, grind- of zandzuigers en andere drijvende vaartuigen van soortgelijke aard, die zich bevinden in een grind- of zandgat. Door het Hof is - niet bestreden - vastgesteld dat de onderhavige schade plaatsvond in een grindgat; zie hierboven onder 2.7.’(noot niet opgenomen).

Eiser tot cassatie had zich op een passage in de MvT op de Binnenschepenwet beroepen (aangehaald in concl. nr 4.14) waarin de minister stelt dat onder ‘gebruik’ van een schip niet alleen het varen verstaan moet worden, maar ook het benutten van een schip in stilliggende toestand. Daarbij moet ‘de deugdelijkheid van het schip eveneens gewaarborgd dient te zijn’. De A-G haalt het betoog van eiser onderuit, ook al geeft de aangehaalde passage uit de MvT ‘enige steun’ eraan, met een aantal argumenten, met als belangrijkste: de Binnenschepenwet

is hier niet van toepassing, het gaat om slechts één passage in de MvT, en grind en zandgaten – waar het ongeluk met de Linda plaatsvond – vallen buiten het beschermingsbereik van de wet (nr 4.26; zie ook samenvattend, nr 5.1).

Het is opmerkelijk, dat al deze argumenten onjuist zijn. Indien men de betreffende stukken uit de parlementaire geschiedenis van de Binnenscheperwet raadpleegt, valt dat op eenvoudige wijze vast te stellen. Ik zal dat zo dadelijk aantonen, maar merk nu vast op, dat dit advies aan de Hoge Raad van grote invloed is geweest op zijn oordeel; ik zal hieronder nog daarop ingaan. Het college heeft het betoog van zijn A-G voetstoots aangenomen, en zich daarmee op het verkeerde been laten zetten. Waar het mij hier vooral om gaat, is dat de hoogste rechter kennelijk niet de moeite genomen heeft om het betoog van het OM met betrekking tot de parlementaire geschiedenis, en daarmee doel en strekking van de Binnenscheperwet, na te trekken, te controleren op deugdelijkheid. Er werd, net als in de duwbak-casus, aan het OM op onzorgvuldige wijze een certificaat verleend, terwijl de gemeenschap veronderstelt dat dit volgens de gangbare maatstaven gebeurd zal zijn.

### 1.3 Wat deugt er nu niet aan het betoog van de A-G?

Allereerst is de Binnenscheperwet op deze casus wel degelijk van toepassing. Spier heeft een ingewikkeld verhaal over de Herziene Rijnvaartakte waarop de keuring gebaseerd zou zijn, en die daarmee de Binnenscheperwet buiten spel gezet zou hebben. Het is eerder andersom: er is een samenhang met de Herziene Rijnvaartakte, maar die is ter voorkoming van *doublures*: schepen die de Rijn bevaren (evenals de Lek en Waal) moeten voldoen aan de in het kader van de Herziene Rijnvaartakte gestelde eisen van certificaten van deugdelijkheid, maar als deze schepen de overige binnenwateren van ons land bevaren hoeven ze niet ook nog aan de soortgelijke eisen van de Binnenscheperwet te voldoen.<sup>3</sup> Zie MvT p.29.

Het gaat vervolgens niet om slechts één passage (op p.31, overigens) in de MvT waarin sprake is van stilliggende schepen die onder de Binnenscheperwet zouden vallen. Dat staat ook heel uitdrukkelijk op p. 26; de ‘werkingsfeer’ van de wet wordt er aldus omschreven:

‘De veiligheidsregeling voor de vaart op binnenwateren, met name de certificaats- en vaarbewijsverplichting, behoort zich uit te strekken niet alleen tot wat algemeen onder schepen wordt verstaan, maar ook tot andere voorwerpen, die actief of *passief* deelnemen aan de vaart op binnenwateren, zoals elevatoren, baggermolens, drijvende kranen, pontons, e.d. De vaart met deze vaartuigen dient eveneens veilig te zijn zowel voor opvarenden als voor de andere *deelnemers aan de binnenvaart.*’ (mijn curs.).

Het niet van toepassing zijn van de Binnenscheperwet op schepen in grind- en zandgaten is eveneens zonder grond. Uit het Voorlopig Verslag blijkt dat enkele Kamerleden voorstander waren om grind- en zandgaten niet onder de openbare, voor scheepvaart openstaande wateren te laten vallen, het geldingsterrein van de Binnenscheperwet (p.3). De ministers wijzen dat uitdrukkelijk van de hand, MvA, p.7, en stellen daarbij, na aangegeven te hebben dat de wet gericht is op het voorkomen van scheepsongevallen:

‘Daarbij moet niet in de eerste plaats worden gedacht aan vaarvoorschriften - die in grind- en zandgaten inderdaad van weinig betekenis zijn - maar aan deugdelijkheidsvoorschriften voor

<sup>3</sup> Zie MvT, p.29. De keuring is gebaseerd op het Besluit van 16 juli 1987, houdende bepalingen met betrekking tot de deugdelijkheid van schepen op binnenwateren, de inrichting en de uitrusting daarvan, alsmede ten aanzien van de arbeidsomstandigheden aan boord. In de preambule wordt behalve naar EG-richtlijnen uit 1976 en 1982, verwezen naar de *Binnenscheperwet 1981*. Niets gemeld over Herziene Rijnvaartakte, etc., zoals de A-G meent. In art. 2 onder o, vindt men de duwbak vermeld, die in de bijlagen van het Besluit voorkomt. Ik heb de tekst geldend op 20-12-2004 geraadpleegd.

het schip en voorschriften voor de veiligheid aan boord. Waar het schip ook wordt gebruikt, hetzij in, hetzij buiten de grind- en zandgaten, overal dient te worden gewaakt voor de deugdelijkheid van het schip en de veiligheid van de arbeid’.

In een latere fase van wetgeving zijn echter de drijvende *werktuigen* in grindgaten van de toepassing van de wet uitgesloten. Dat gebeurde in art. 4 onder g, door de A-G aangehaald.<sup>4</sup> De wet noemt daarbij: ‘baggermolens, grind- of zandzuigers en andere drijvende werktuigen van soortgelijke aard, die zich bevinden in een grind- of zandgat’. A-G Spier geeft allereerst dit artikel onjuist weer, hij spreekt in nr 4.25.2 (eerder geciteerd) van ‘andere drijvende *vaartuigen*’ (mijn curs.), dat is niet het zelfde als *werktuigen*. Het is bovendien in strijd met de feiten en toedracht: duwbak Linda lag gemeerd naast de schepen van eiser, was door kabels eraan verbonden (wat de schade veroorzaakt had toen de duwbak zonk en kapsijsde); de bak werd toen met zand gevuld voor vervoer. Uiteraard geen vervoer dat tot het zandgat beperkt was, maar na de belading ging het de openbare wateren op. Natuurlijk valt zo’n duwbak dan onder de veiligheidsvoorschriften van de Binnenschepenwet. Het was geen ponton dat aan een bagger- of ander werktuig bevestigd was en gedoemd om altijd in het zandgat te blijven.

De A-G had in zijn conclusie met veel nadruk gesteld dat de strekking van de Binnenschepenwet gericht is op de ‘veiligheid van de vaart van schepen’ op de binnenwateren (hij spreekt soms Freudiaans van der ‘Binnenscheepvaartwet’). Via de omtrekkende beweging naar de Herziene Rijnvaartakte wordt dat ‘de vrije doorvaart’. Daarmee sauveert hij de zienswijze van het hof dat bij de wettelijke regeling ‘de algemene veiligheid van het scheepvaartverkeer’ in het geding is, de ‘algemene veiligheid van de vaart’ (zie nr. 4.3.2, eerder aangehaald). Daarmee was de schade van eiser, niet in een vaargebied opgelopen, buiten beeld gevallen, met toepassing van het relativiteitsbegrip. Een visie van de rechter a quo waarmee de A-G het hartgrondig eens was, omdat aldus schadeacties beperkt worden, in dit geval tegen de Staat: ‘de geest raakt uit de fles en valt daarna niet meer te bezweren’, zegt hij bezwerend in nr 4.42.

1.4 Wat zegt de Hoge Raad nu hierover? Het college begint te stellen dat het uit hoofde van art. 6:163 BW, het relativiteitsartikel, aankomt op ‘het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt’ (ov. 3.4.1.). Bekend relativiteitsproza, waar voor de oorlog de grote juristen al hoofdpijn van kregen, ik noem slechts: Meijers, Scholten, Smits en Wolfsbergen.<sup>5</sup> Terug naar onze Hoge Raad, die dit als volgt uitwerkt (let op de verwijzing naar de conclusie van het OM):

3.4.2 Het hof heeft met zijn hiervóór in 3.3.2 weergegeven oordelen de zojuist bedoelde maatstaf niet miskend. Gelet op de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.8.1 tot en met 4.20 vermelde gegevens met betrekking tot de Herziene Rijnvaartakte en het RosR en enige andere regelingen op het gebied van de bevordering van de veiligheid van het scheepvaartverkeer, heeft het hof kennelijk en terecht geoordeeld dat het RosR en de daarin voorziene eis van een certificaat van onderzoek beogen de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer te bevorderen, waaronder uiteraard mede is te verstaan het voorkomen van ongevallen als gevolg van ondeugdelijkheid van de aan het Rijnvaartverkeer deelnemende vaartuigen, waarvoor het certificaat van onderzoek is vereist. In 's hofs oordeel ligt besloten dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen deze algemene norm en de

<sup>4</sup> De A-G verwijst daarbij naar TK zitting ‘1979-1989, 13978, nr 11 blz.3’; bedoeld zal zijn: ‘zitting 1979-1980’, de wet is van 1981 (*Stbl.* 1981, 678).

<sup>5</sup> Welke grote civilisten, terecht, het relativiteitsvereiste, als een Fremdkörper uit het Duitse recht, afgewezen hebben voor ons recht. Zie hiervoor mijn *Verbintenissenrecht*, Deel 2, 5<sup>e</sup> dr., 2004, Kluwer, p. 257 v.

gedragsnorm die volgens de stellingen van Van Hasselt door Van Duijvendijk en de Staat zou zijn geschonden en die betrekking heeft op de zorgvuldigheid waarmee het aan de afgifte of het verlengen van het certificaat ten grondslag liggende onderzoek moet worden verricht. Ook deze eis van zorgvuldigheid bij het overeenkomstig het RosR uit te voeren onderzoek beoogt bij te dragen aan het bevorderen van de veiligheid in algemene zin van het scheepvaartverkeer, maar dat wil niet zeggen dat de aan het onderzoek te stellen eisen van zorgvuldigheid strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt.

3.4.3 Aan de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4.8.1 tot en met 4.20 vermelde gegevens met betrekking tot de Herziane Rijnvaartakte en het RosR en enige andere regelingen op het gebied van de bevordering van de veiligheid van het scheepvaartverkeer kan niet worden ontleend dat deze regelingen mede strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van de hiervoor aan het slot van 3.4.2 bedoelde derden en dat derhalve de Staat of het particuliere onderzoeksbureau dat in dit verband het schip ten behoeve van de Staat heeft onderzocht, voor de onderhavige schade aansprakelijk zou zijn te stellen. Hierbij is in aanmerking te nemen dat de betrokkenheid van de Staat bij de afgifte van het certificaat van onderzoek en de daarvoor vereiste keuring van schepen voortvloeit uit de algemene verantwoordelijkheid van de overheid voor de veiligheid van het scheepvaartverkeer.<sup>7</sup>

Ik onderbreek het betoog van de hoogste rechter hier. Men ziet hoe de Hoge Raad de weergave van het wettelijk systeem met betrekking tot veiligheid van schepen, het geldende recht zoals in de Binnenschepenwet neergelegd, met huid en haar van zijn A-G overneemt. Dat wil zeggen, een volslagen onjuiste weergave daarvan: de Binnenschepenwet wordt niet eens genoemd, het is de Herziane Rijnvaartakte en de ROSR wat de klok slaat. De tijd die de klok aangeeft, is verkeerd. Ik volsta met naar mijn eerdere betoog te verwijzen.

De Raad vervolgt zijn overweging, nr 3.4.3, met een beschouwing over de eigen verantwoordelijkheid van de eigenaar van het schip. Ik laat die passage nu volgen:

Die betrokkenheid neemt niet weg dat het de eigenaar van het schip is die voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip bij de exploitatie en de deelname aan het verkeer en voor een regelmatige controle en onderhoud van het schip verantwoordelijk blijft, zoals het hof in rov. 9.3 terecht heeft overwogen. Het vereiste van een periodiek te verlengen certificaat van onderzoek en de in dat kader te verrichten keuringen hebben vooral deze functie, dat zij de naleving van de verplichting van de eigenaar het schip in een deugdelijke en veilige staat te houden bevorderen en daarop een zekere controle mogelijk maken. Het certificaat geeft echter, zoals het hof eveneens met juistheid overwoog, geen garantie voor (een gedurende de periode waarvoor het is verleend blijvende) deugdelijkheid van het schip. Indien zich (kortere of langere tijd na een keuring) een ongeval met het schip voordoet dat (mede) wordt veroorzaakt door ondeugdelijkheid of onveiligheid van het schip die bij een zorgvuldig uitgevoerde keuring aan het licht had moeten komen, dan berust de aansprakelijkheid van de eigenaar voor de dientengevolge door een derde geleden vermogensschade niet daarop dat hij ondanks een ondeugdelijk uitgevoerde keuring het schip in de vaart heeft gehouden, maar op het feit dat hij verantwoordelijk is voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip. Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de uit de algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen. Aan de omstandigheid dat de keuring onvoldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden, kunnen derden dan ook niet een aanspraak tot vergoeding van vermogensschade jegens de Staat of de voor het verrichten van de keuring ingeschakelde particuliere onderzoeksbureaus ontlenen.

Men ziet dat de nadruk die gelegd wordt op de ‘algemene verantwoordelijkheid van de Staat voor een veilig scheepvaart verkeer’ de boventoon voert, zoals geadviseerd door het OM, waardoor de eigen verantwoordelijkheid van de scheepseigenaar grote proporties aangemeten wordt. Dat is een zeer ongenueanceerd beeld, om het zacht te zeggen. Misleidend is eveneens dat gesproken wordt van het ‘geen garantie geven’ met de afgifte van een certificaat van onderzoek door (namens) de Staat. Het is echter opvallend dat de minister herhaaldelijk spreekt van ‘waarborgen’ van deugdelijkheid van schepen die met een certificaat gegeven worden, voor deugdelijkheid van de romp, stabiliteit, etc. Zie allereerst het citaat uit de MvT die de A-G zelf gaf onder nr 4.14 (p.25 MvT), dat alles gebeurt ‘ter voorkoming van ongevallen’. De volgende passages die ik hier laat volgen zijn eveneens van belang (steeds mijn cursivering). Het toezicht op rijksvaartuigen ‘biedt voldoende *waarborg* voor de veiligheid van rijksvaartuigen’, p.33; het gaat om ‘*voldoende zekerheid* te hebben dat deze schepen de veiligheid van de vaart niet in gevaar brengen’ (idem); ‘de eisen die aan inrichting en uitrusting worden gesteld ter *verzekering* van een veilige vaart ...’ (idem, ad art. 4). ‘in het algemeen gesproken dienen de technische kwaliteiten van het schip en zijn toebehoren *in overeenstemming te blijven* met die, op grond waarvan het certificaat van onderzoek werd afgegeven’ (p.34, ad art.7). ‘Het *handhaven* van de deugdelijke staat van het schip en toebehoren, de zorg voor de stabiliteit van het schip ...’ (p.35, ad art.8). Zie ook MvA, p.11, ad art.7, over ‘het onmiddellijk ingrijpen dat geboden is’, door de onderzoekende dienst, wanneer ‘verder varen onverantwoord is’.

De *ouderdom* van een schip en het effect op de deugdelijkheid ervan is eveneens een punt van aandacht voor de wetgever. In het ontwerp van wet was de termijn van een certificaat nog 5 jaar, en niet 7 jaar zoals tenslotte vastgesteld werd; de minister merkt op dat ‘de geldigheidsduur minder dan vijf jaren kan bedragen; indien de ouderdom van het schip ... daartoe aanleiding geeft, kan het certificaat voor een korter tijdvak worden afgegeven’ (p.34; zie thans art. 5, lid 5). Aanvankelijk wilde de wetgever bij iedere eigendomsoverdracht een veiligheidscontrole laten plaatsvinden; de Kamer voelde daar niet voor en de minister volgt die gedachte, en neemt genoegen met onderzoek ‘bij vermoeden van ernstige gebreken aan het schip’ (MvA, p.10; zie thans art. 6, lid 2, ‘toestand van het schip’).

Dat bij dit alles wel degelijk ook aan het *vermogensbelang van derden* gedacht is, en niet enkel de ‘algemene veiligheid van de scheepvaart’ of iets dergelijks, blijkt uit de toelichting die bij MvA gegeven wordt op het ‘onmiddellijk ingrijpen indien geboden’ in het kader van art. 7. De bewindslieden merken daarbij namelijk op: ‘De ondergetekenden achten het immers niet uitgesloten, dat schepen om welke reden dan ook direct gevaar opleveren voor de veiligheid van opvarenden of van *andere schepen* en hun opvarenden, zodat onmiddellijk het hoofd moet kunnen worden geboden aan de gevaarssituatie’ (p.11, mijn curs.). Als gevolg hiervan wordt art. 7a toegevoegd, thans artt. 8 en 9. In art. 8 is in lid 1 gesteld dat bij ‘vermoeden van ernstige gebreken aan het schip’ een onderzoek ingesteld wordt. In art. 9, lid 1, vindt men de eerder aangehaalde overweging van de bewindslieden vrijwel letterlijk terug:

‘De vaart met schepen, die voorzien moeten zijn van een certificaat van onderzoek, .... kan worden onderbroken door de ambtenaren van de Divisie Scheepvaart ..., indien de staat waarin het schip zich bevindt zodanig is dat de veiligheid van het schip en de opvarende of van *andere schepen* en hun opvarenden onmiddellijk gevaar loopt’ (mijn curs.).

Dit is in overeenstemming met het eerder gegeven citaat waarin de ministers de werkingssfeer van de wet omschrijven als: ‘de binnenschepen moeten veilig zijn voor *andere deelnemers aan de binnenvaart*’ (MvT, p. 26, mijn curs.). Dus niet het scheepvaartverkeer in het algemeen, of iets dergelijks.

Hieruit blijkt mijns inziens *luce clarius* dat de wetgever wel degelijk met de Binnenschepenwet de bescherming van het vermogensbelang van derden-eigenaren van

schepen op het oog had. Moest de Binnenschepenwet in de conclusie van de A-G daarom naar de coulissen gewerkt worden, en enkel ‘ten overvloede’ besproken worden?, vraagt men zich af.

In de conclusie van het OM was over het zojuist besprokene, inzake waarborgen, het bieden van zekerheid, het onmiddellijk ingrijpen en schade aan andere schepen niets te vinden, met desastreuze gevolgen voor het beeld van de ‘algemene norm’ die de wet zou inhouden. De Hoge Raad had zich kennelijk evenmin in de Binnenschepenwet verdiept, aan de hand genomen door het OM.

Die overwegingen van de wetgever over de strekking van de Binnenschepenwet doen wat het onmiddellijk moeten ingrijpen overigens denken aan het wegeverkeersrecht, het van de weg kunnen halen van een auto door het bevoegd gezag wanneer deze ‘een gevaar voor de weg is’. Het ging hier immers om een duwbak die 32 jaar oud was, gekocht van een eerdere eigenaar die kort voor de verkoop afgezien had van een verzoek om verlenging van het certificaat vanwege noodzakelijke reparaties. Van die periode zijn veel getuigenverklaringen van deskundigen door Van Hasselt overgelegd; de bodem van de Linda was op veel plaatsen opgelapt, en ernaast was de plaatdikte vrijwel nihil. De duwbak was van de eerste generatie, gebouwd voor een levensduur van 15 jaar, en was rijp voor de sloop. De keuring was gedaan door een jonge deeltijdse medewerker zonder ervaring die toen nog op de HTS zat. Ondanks deze deels wettelijke vermoedens was een certificaat voor een standaard-termijn van 7 jaar afgegeven, zonder dat daarbij enige voorwaarden gesteld waren. Het plotsklaps zinken was het gevolg van corrosie van de bodem geweest, zoals naderhand is vastgesteld. Dat heeft op zich reeds een hoog *res ipsa loquitur*-gehalte: een deugdelijk schip zinkt zo zomaar ineens. De Linda mocht nota bene van de Scheepvaartinspectie op het moment van het ongeval nog zes jaar varen voor de volgende keuring zou plaatsvinden. Om de vergelijking met autokeuringen door te trekken: de overheid staat toe dat een auto die twee keer de gebruiksduur bereikt heeft bij APK-keuring nog zeven jaar mag rijden tot de volgende keuring. Zoals bekend is tegenwoordig al bij een drie jaar oude auto ieder jaar een APK-keuring verplicht. Het zou interessant zijn indien de hoogste rechter aan scheepseigenaren zou kunnen uitleggen waar deze vergelijking mank gaat.

De correctie van Langemeijer, het op zich reeds jegens derden onrechtmatig zijn van het handelen door (namens) de Staat komt hierbij nadrukkelijk in beeld. Een beeld waar A-G, noch Hoge Raad, blijkens ov. 3.4.4, gevoelig voor zijn, en evenmin overigens annotator Hijma<sup>6</sup>. Het is toch niet zo vergezocht om te stellen dat, los van enige bedoeling van de Binnenschepenwet-wetgever, de overheid hier als keuringsautoriteit onrechtmatig gehandeld heeft, een norm die gewoon op art. 6:162 BW gebaseerd is. OM, Hoge Raad en annotator komen aan een correctie van de relativiteitsregel niet toe, waarschijnlijk op principiële gronden. De Hoge Raad geeft geen enkele motivering voor zijn standpunt. Dat is weinig overtuigend, maar ik moet die kwestie, al is het met spijt, hier laten rusten.<sup>7</sup> Nu was het de cassatierechter in zover gemakkelijk gemaakt, doordat eiser tot cassatie geen middel aan de correctie-Langemeijer gewijd had, en enkel in de schriftelijke toelichting aandacht voor die figuur gevraagd had (zie concl. OM, nr 4.6.4). Eiser had overigens ook geen commentaar op de conclusie van het OM geleverd, hetgeen mogelijk is (de zogenaamde Borger-brief). Zoals wij zagen, had de Hoge Raad in zijn benadering van de relativiteit gebruik gemaakt van de

---

<sup>6</sup> Hijma houdt wel de deur open dat vanaf een bepaald ‘fors’ overtredingsniveau een nieuwe norm actief wordt, die wél (mede) het geschonden belang beschermt (nr 10). In die visie zouden de klachten van eiser op dit punt wel degelijk nadere bespreking in cassatie verdienen, en indien feitelijk van aard, verwijzing naar een feitelijke instantie.

<sup>7</sup> Ik verwijs hiervoor naar mijn *Verbintenissenrecht 2*, pp.257 v.; 266 v.



figuur van de ‘algemene norm’ tegenover de ‘gedragsnorm’, waarbij die laatste betrekking heeft op de zorgvuldigheid van onderzoek bij afgifte of verlenging van een certificaat.

In werkelijkheid was het feitencomplex nog dramatischer dan daarnet geschetst. Ik heb van de advocaat in feitelijke instantie, Mr J. Blussé van Oud-Alblas, begrepen dat een cruciaal feit onjuist geïnterpreteerd is, en in cassatie geen rol gespeeld heeft: de Staat had uit hoofde van het ROSR een *eigen* keuringsverplichting die niet gedelegeerd kon worden en dat was ze ook niet, namelijk ten aanzien van het lensstelsel (zie: Deel II, Scheepsbouwkundige Eisen, art. 5.06, lensinstallatie). Dat betreft de afscheiding van de compartimenten van een schip, waardoor bij lekkage slechts één, het getroffen compartiment, kan vollopen, en zinken van het gehele schip voorkomen wordt (denk aan de Titanic, waar dit fout ging doordat de ijsberg de gehele flank van het schip openscheurde, bij een wanhopige manoeuvre om een frontale botsing te voorkomen, die dus veel minder gevaarlijk was, zegt deze stuurman aan wal). Het lensstelsel van de Linda voldeed niet aan de eisen van het ROSR, en was op dat punt niet door de Staat gekeurd; de aan Van Duyvendijk gedelegeerde keuring betrof slechts de romp (= casco; art. 3.02). Het schip had op het onderdeel lensinstallatie afgekeurd moeten zijn, of na herstel goedgekeurd, maar dan had het ongeval niet kunnen plaatsvinden, de Linda zou niet gekapseisd en gezonken zijn door het lek. Zie hieromtrent in de procedure voor het hof: Grief 12.i; Pleitnota, nr 6.4. Het hof wijst dat af in ov. 10a; cassatiemiddel II, onderdeel 1 is daarop gericht. Het komt in de conclusie OM en overwegingen van de Hoge Raad echter niet aan de orde, doordat alle aandacht naar de relativiteit uitgaat.

Het onzorgvuldig handelen van de Staat als keuringsautoriteit was veel ernstiger dan waarvan men in cassatie is uitgegaan en valt onder de categorie ‘fors overtredingsniveau’, de ‘aan opzet grenzende plichtsverzaking’ waar Hijma het in zijn noot over had, en waarbij hij voorstander zou zijn van toepassing van de correctie-Langemeijer.

Nog een curieus punt: zoals door Van Hasselt voor het hof aangevoerd, is volgens het standaardcontract tussen Staat (SI) en klassebureaus (de MSC-circulaire 710, o.g.v. Richtlijn 94/57/EG) bij ernstige nalatigheid een onbeperkte aansprakelijkheid van het bureau aangenomen. Recentelijk is dit nog aangescherpt in Richtlijn 2001/105/EG, na de ramp met de tanker ‘Erica’, hetgeen inmiddels geïmplementeerd is in ons land.

1.5 De kritiek op de gang van zaken in cassatie met betrekking tot de rol van het OM en de Hoge Raad laat onverlet dat men ten aanzien van de rechtsvraag die in het geding is een standpunt kan innemen dat qua resultaat overeenkomt met de uitkomst van het duwbak-arrest. Maar daarvoor zullen argumenten gevonden moeten worden die verband houden met het vraagstuk hoe de wildgroei van aansprakelijkheidsvorderingen in bedwang te houden, het voorkomen van een claim-cultuur, e.d. Dat is een politieke vraag, waar de jurist niet omheen kan. Ik volsta hier met de observatie dat grote civilisten van voor en na de oorlog het standpunt ingenomen hebben dat deze rechtsvraag uitstekend met de bestaande, en daartoe geëigende figuur van de causaliteit opgelost kan worden, waar de toerekening altijd al de mogelijkheid van matiging ingehouden heeft. Dat was eens te meer zo toen de causaliteit in doctrine en jurisprudentie op de toerekening naar redelijkheid en billijkheid gebaseerd werd, een gedachte die door de wetgever van het NBW bij Gewijzigd Ontwerp van 1976 overgenomen is, in art. 6:98 BW. Dat daarbij tegelijk de figuur van relativiteit, in art. 6:163 neergelegd, een wezenlijke verandering doormaakte is de meeste civilisten ontgaan, inclusief onze hoogste rechter (evenals het OM).<sup>8</sup>

Intussen is het duidelijk dat wij hier met een heel gecompliceerd vraagstuk te maken hebben, de *floodgates*-problematiek, het hek dat van de dam is (de geest uit de fles van Spier), met inherent daaraan de vraag waar de grens te trekken. Moeilijke vragen kunnen echter niet ontlopen worden; verschuilen achter een (verkeerd toegepast) verouderd leerstuk kan niet meer, indien men ten minste het recht en de rechtspraak een wetenschappelijk gehalte

<sup>8</sup> Zie hiervoor mijn *Verbintenissenrecht* 2, pp.266 v.; 415 v.

toedicht, of minder hoogdravend, de echte discussie op dit gebied zoekt, het discours met de juridische en maatschappelijke wereld. Ik heb het dan nog niet eens over het verantwoording afleggen dat van de rechter verwacht kan worden bij het maken van rechtspolitieke keuzes. Een norm die ook door art. 6 EVRM opgelegd wordt, ook aan de hoogste rechter van een lidstaat. Het gaat hier om de figuur van zuivere vermogensschade, *pure economic loss*, waar alle hoogste rechters in de wereld mee geworsteld hebben en nog mee zitten. Ik moet ook dit onderwerp laten rusten, eveneens onder verwijzing naar andere bronnen.<sup>9</sup>

Het arrest is verdeeld ontvangen in de literatuur; schrijvers als Van Rossum, Widdershoven, Van Maanen en Hartkamp zien de uitspraak als een *fait accompli* en een toe te juichen poging om aansprakelijkheid *à l'américaine* in te dammen.<sup>10</sup> Van Maanen spreekt zelfs van 'een mooi, klassiek voorbeeld van toepassing van de relativiteitleer'; Hartkamp ziet het relativiteitsvereiste hier 'zijn nut bewijzen' omdat het 'richting geeft aan de oordeelsvorming inzake de te beschermen (groep) van personen en schade'. Het kan niet op. Hartlief en Tjittes zijn beduidend kritischer; de eerste schrijver stelt dat 'het relativiteitsargument voor de gelegenheid is gebruikt door de Hoge Raad om meergenoemde Amerikaanse toestanden te voorkomen, en gezamenlijk betreuren zij dat de hoogste rechter een instrument ongebruikt gelaten heeft om via aansprakelijkheid van de toezichthoudende Staat (de 'zijdellingse laedens') extra druk te zetten op potentiële primaire daders, de eigenaren van wrakke schepen.<sup>11</sup> Dat alles in het kader van de preventie van schade op de meest functionele wijze; de Hoge Raad wordt op dit gebied 'wel erg benauwd' gevonden: het zich laten leiden door angst voor een onbepaalde groep derden heeft tot gevolg dat zelfs de primair getroffen geen vordering tegen de Staat als toezichthouder hebben.

De toepassing van de relativiteitsleer in het *Duwbak Linda*-arrest heeft ook de aandacht getrokken van beoefenaren van het administratieve recht. In een preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht van 2005 gewijd aan 'Privaat- en publiekrechtelijke aansprakelijkheid voor gebrekkige bouwwerken' geeft B.J. Schueler ruim aandacht aan het arrest, dat hij als een gegeven hanteert, zij het 'tandenknarsend' omdat hij de benadering van de Hoge Raad problematisch vindt.<sup>12</sup> Hoe moet je de strekking van de Woningwet vaststelling, die uit 1899 is? Een overheid die nog niet met het arresten als *Ostermann I* (1924) en *Heldenkermis* geconfronteerd is, waarmee zij van een voetstuk afgehaald is. Schueler wijst, met Jurgens, toepassing van de relativiteitsleer in het bestuursrecht af, en wijst erop dat de bestuursrechter deze leer niet hanteert. Hulde aan het bestuursrecht.

Het is in ieder geval duidelijk dat de Hoge Raad met het duwbak-arrest in het geheel geen bijdrage aan de discussie op nationaal en internationaal niveau geleverd heeft. Men kan vaststellen dat de Hoge Raad die discussie ontlopen heeft; door allereerst te kiezen voor de weg van de relativiteitsleer, op zich reeds van oudsher omstreden in de doctrine, en vervolgens een gekleurde invulling te geven van de bedoeling van de wetgever met de wettelijke norm, dan is het verder 'Grote stappen gauw thuis' met het oordeel. Het is natuurlijk veel moeilijker om, indachtig de ook internationaal gevoerde discussie over het

<sup>9</sup> Zie voor deze materie mijn rapport als General Reporter voor het IACL in 1998, verschenen als artikel in *European Review of Private Law* 1999, p.397-428; ook opgenomen in mijn *The Duty of Care in Contract and Tort. Selected Essays*, Shaker Publ., Maastricht, 2006, p.143.

<sup>10</sup> Vgl. A.A. van Rossum, *Hand. NJV* 2005-I, p.80 v.; R.J.G.M. Widdershoven, *AB* 2005, 17 (noot onder *Peter Paul*-arrest HvJ EG); G.E. van Maanen, *NTBR* 2004, p.482; Asser-Hartkamp III, 2006, nr 98a.

<sup>11</sup> T. Hartlief en R.-J. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2004, p.1583; T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', *NJB* 2005, p.833.

<sup>12</sup> Zie het preadvies, en daarnaast het Verslag van de Jaarvergadering van 1 dec. 2005, *BR* 2006, p.299, op p.300 v.; met een beroep op de oratie van Jurgens, *RUU* 2005 (nog niet in druk; wel digitaal te raadplegen). Aan het debat werd ook door Jurgens deelgenomen, die op haar oratie voortborduurde. De tekst van de beraadslagingen zou beschikbaar moeten zijn op de website van het Instituut voor Bouwrecht, maar is dat niet, bleek mij.

onderwerp, aan te geven waar de grens ligt bij het aansprakelijk stellen van een toezichthouder (of adviseur) voor schade van een derde die in vertrouwen op dat oordeel van de beoordelaar handelt en vervolgens schade lijdt indien dat oordeel volstrekt ongegrond en ondeugdelijk gebleken is. Dat alles in het kader van schadepreventie, waarbij velen in één adem verzekerbaarheid zullen noemen. Wanneer de overheid hierbij in het geding is, wordt die discussie niet eenvoudiger, *to put it mildly*; dan komt het beeld dat men van de overheid heeft aan de orde (nachtwaker of verzorger?) en platter gezegd, het belastinggeld dat opgebracht worden, ook door rechters, het budget van de regering voor Justitie is nog iets verder weg. Maar hadden wij daar niet een Hoge Raad der Nederlanden voor? Wie denkt dan daar wel over na, wanneer partijen twisten?

Ook wekt het verbazing dat de Raad de laatste tijd ten aanzien van nauw verwante casusposities tot geheel andere uitspraken gekomen is, en aansprakelijkheid aanvaard heeft. De onbepaalde groep van derden die in beeld komt vormde geen probleem in het arrest van 13 oktober 2006 inzake *Vie d'Or*, inzake de aansprakelijkheid van een actuaaris tegenover een grote groep polishouders. Ook ten aanzien van de overheid-toezichthouder heeft de Hoge Raad heel recent nog zich van een geheel andere kant laten zien, in een geval van bouwtoezicht door een gemeente. In een arrest van 13 juli 2007 werd geoordeeld dat voor aansprakelijkheid van de gemeente het niet vereist is dat van een in ernstige mate van tekortschieten in het toezicht, van een 'ernstig verwijt' sprake hoeft te zijn.<sup>13</sup> Dat arrest, *Gemeente Barneveld – Gasunie* werpt ook op het terrein van de toepassing van het relativiteitsvereiste een ander licht op dit onderwerp, en vraagt om een nadere bespreking. Op de *Vie d'Or*-zaak kom ik daarna nog terug.

## 2. Relativiteit en correctie-Langemeijer in het arrest *Gemeente Barneveld – Gasunie* (2007)

2.1 De casus is kort gezegd aldus. Ene Cozijnsen heeft op 21 oktober 1999 een bouwvergunning aangevraagd bij de Gemeente Barneveld voor de bouw van een stal op zijn perceel dat in het bestemmingsplan Buitengebied 1983 met de bestemming 'Wonen' gelegen was. In de plankaart bij het bestemmingsplan was vastgelegd dat onder het perceel van Cozijnsen een aardgastransportleiding loopt, en dan beginnen de problemen. Cozijnsen wacht de bouwvergunning niet af en begint vast met het storten van een betonnen fundering (bovenop de aardgasleiding, naar later blijkt), en wordt betrapt door de gemeente die de bouw stillegt. Na bekendmaking in het plaatselijke Sufferdje, en achterwege blijven van bezwaren krijgt Cozijnsen op 3 april 2000 zijn vergunning. Een jaar later ontdekt de Gasunie, beheerder van de aardgasleiding, het bouwwerk bij een inspectie en slaat alarm. Na overleg met de gemeente heeft de Gasunie de aardgasleiding verlegd, om de schuur heen, en de oude leiding afgesloten. De kosten, € 36.687.-, wil zij op de gemeente verhalen, die nagelaten had de Gasunie te informeren over de voorgenomen verlening van de bouwvergunning.

Van belang is dat art. 164 van de planvoorschriften het volgende inhield:

1. Daar waar op de plankaart een aardgastransportleiding is aangeduid mogen de gronden, als bedoeld in dit plan, in afwijking van het overigens in deze voorschriften bepaalde, binnen een afstand van 5 meter ter weerszijden van de leiding, tevens worden gebruikt voor de instandhouding van de aldaar voorkomende leidingen.
2. Op of in de gronden, als bedoeld in het eerste lid, mag, in afwijking van het overigens in deze voorschriften bepaalde, niet worden gebouwd.
3. Burgemeester en wethouders zijn bevoegd vrijstelling te verlenen van het bepaalde in het tweede lid, ten behoeve van het bouwen van andere bouwwerken, indien uit een daartoe ingewonnen advies

<sup>13</sup> HR 13 juli 2007, *RvdW* 688, *Gem. Barneveld - Gasunie*.

van de desbetreffende leidingbeheerder blijkt, dat daartegen uit een oogpunt van exploitatie van de leiding geen overwegende bezwaren bestaan.

Rechtbank en hof wijzen de vordering van de Gasunie toe. De gemeente had zich verweerd met een beroep op formele rechtskracht (de Gasunie had nagelaten om tegen de bouwvergunning op te komen, die deugdelijk bekend gemaakt was – de hatelijke rechtspraak van de Raad van State op dit gebied) en het ontbreken van relativiteit: het belang van de Gasunie als leidingexploitant vindt geen bescherming in art. 164 planvoorschriften. In cassatie staat dit centraal, waarbij ik alleen op de relativiteitskwesitie zal ingaan.<sup>14</sup>

Het hof had over de relativiteit het volgende overwogen:

4.11 De Gemeente heeft zich beroepen op het ontbreken van relativiteit in de zin van artikel 6:163 Burgerlijk Wetboek (BW). Volgens de Gemeente strekt het voorschrift van artikel 164, eerste en tweede lid, van de planvoorschriften ter bescherming van omwonenden en gebruikers van de rond een aardgasleiding gelegen woningen respectievelijk gebouwen en terreinen tegen schade die door ongelukken met een gasleiding zou kunnen ontstaan en beoogt dat voorschrift niet tevens te beschermen tegen de (zaaks)schade die door Gasunie als leidingbeheerder is geleden. In dit verband wijst de Gemeente op de circulaire van de Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer van 26 november 1984, waarin de aanbeveling is opgenomen om in bestemmingsplannen op te nemen dat binnen een bepaalde afstand van een gasleiding niet mag worden gebouwd. In die circulaire is alleen sprake van het gevaar voor omwonenden en voor activiteiten die in de directe omgeving van de gasleiding worden uitgeoefend en niet van het belang van de leidingbeheerder.

4.12 Het hof oordeelt als volgt. Het standpunt van de Gemeente is in zoverre juist dat artikel 164, eerste en tweede lid, van de planvoorschriften eerst en voor alles strekt ter bescherming van omwonenden en gebruikers van de rond een aardgasleiding gelegen woningen respectievelijk gebouwen en terreinen tegen schade die door ongelukken met een aardgastransportleiding zou kunnen ontstaan. Het is dan ook begrijpelijk dat in de genoemde circulaire het belang van de leidingbeheerder niet aan de orde komt. Een en ander sluit echter niet uit dat een vergunningverlening in strijd met bedoeld voorschrift ook ten opzichte van leidingbeheerder onrechtmatig is. Naar het oordeel van het hof is dit het geval. Gasunie heeft als leidingbeheerder - behalve een zelfstandig belang bij het niet beschadigd raken van haar leidingnet en de onbelemmerde exploitatie van dat net - een van het belang van bedoelde omwonenden en gebruikers afgeleid belang dat daar zodanig nauw mee samenhangt, dat het eronder moet worden begrepen. Gasunie is immers met het oog op de belangen van dezelfde omwonenden en gebruikers verplicht tot het instandhouden van een veilig leidingnet. Voorzover over een en ander anders zou kunnen worden geoordeeld, geldt dat met het oog op het voor de Gemeente kenbare belang van Gasunie om geen kosten voor het omleggen van een aardgastransportleiding te behoeven maken, op grond van ongeschreven recht in de zin van artikel 6:162 BW op de Gemeente een ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting rustte, die zij met de vergunningverlening heeft geschonden.

Het hof komt tot de conclusie: De Gemeente beroept zich dus ten onrechte op het ontbreken van relativiteit in de zin van art. 6:163 (ov. 4.13).

In overweging 4.12 ziet men allereerst een betoog over het relativiteitsvereiste, en in de laatste zin een beschouwing over de correctie-Langemeijer: al zou niet aan relativiteit voldaan zijn, dan nog is het handelen van de Gemeente onrechtmatig tegenover de Gasunie, want strijdig met een ongeschreven norm van maatschappelijke zorgvuldigheid.

---

<sup>14</sup> De Hoge Raad maakt korte metten met het formele rechtskracht-verweer. Ik laat twee andere verweren rusten, klachten met betrekking tot het onrechtmatig handelen van de Gemeente en eigen schuld en schadebeperkingsplicht van de Gasunie, zoals in cassatie naar voren gebracht.

2.2 In de conclusie van het OM, van de hand van A-G Keus, wordt ruim aandacht gegeven aan beide onderdelen, relativiteit en correctie-Langemeijer. Daarbij wordt de laatste figuur, anders dan in de conclusie van A-G Spier voor *duwbak Linda*, naar waarde geschat, terwijl ook op een open wijze naar de relativiteit gekeken wordt. Wat dat laatste betreft, het belang van de Gasunie wordt met het hof gezien als een van het belang van omwonenden en gebruikers afgeleid belang ('daar zodanig nauw mee samenhangt, dat het eronder moet worden begrepen'), en valt aldus onder de werking van art. 6:163 BW. Exit relativiteitsverweer van de Gemeente. Dan bespreekt de A-G de eerste figuur, de correctie-Langemeijer, die het hof ten overvloede gegeven had, een obiter dictum dus. De interessante, daaraan gewijde overwegingen laat ik hier volgen, niet in het minst omdat de Hoge Raad zich kennelijk daardoor heeft laten leiden. Het arrest is, zoals zo vaak, beter te begrijpen na lezing van de conclusie OM. A-G Keus betoogt daarin:

2.30 Subonderdeel 2.7 komt op tegen 's hofs oordeel in rov. 4.12 van het tussenarrest dat "geldt dat met het oog op het voor de Gemeente kenbare belang van Gasunie om geen kosten voor het omleggen van een aardgastransportleiding te behoeven maken, op grond van het ongeschreven recht in de zin van artikel 6:162 BW op de Gemeente een ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting rustte, die zij met de vergunningverlening heeft geschonden". Volgens het subonderdeel is dit oordeel rechtens onjuist, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk, nu niet zonder meer valt in te zien waarom de Gemeente de door het hof bedoelde zorgvuldigheidsnorm in het onderhavige geval zou hebben geschonden. Indien wordt geabstraheerd van art. 164 van de planvoorschriften, valt immers niet zonder meer in te zien waarom de Gemeente zich had moeten realiseren dat door het bouwen op de aardgasleiding een veiligheidsrisico zou ontstaan. Dat geldt in het bijzonder in het onderhavige geval waarin de fundering van het bouwwerk ten tijde van het verlenen van de bouwvergunning al was gerealiseerd en daardoor (tot op dat moment) geen ongelukken waren ontstaan.

Bij de bespreking van het subonderdeel stel ik voorop dat het hof het bestreden oordeel slechts heeft gegeven voor het geval dat, anders dan het hof heeft geoordeeld, de door de Gemeente geschonden planvoorschriften niet mede Gasunie zouden beschermen. Aangenomen dat het oordeel van het hof over het beschermingsbereik van de planvoorschriften stand houdt, is het bestreden oordeel ten overvloede gegeven en kunnen de daartegen gerichte klachten niet tot cassatie leiden.

Het subonderdeel lijkt overigens te veronderstellen dat indien een zorgvuldigheidsnorm zoals door het hof is geformuleerd, wordt aangenomen, art. 164 van de planvoorschriften niet meer ter zake doet ("indien geabstraheerd wordt van art. 164 van de planvoorschriften"). Die veronderstelling acht ik niet juist. Weliswaar baseert het hof zijn oordeel op een tweede, zelfstandige onrechtmatigheidsgrond voor het geval dat art. 164 van de planbepalingen niet mede tot bescherming van de belangen van Gasunie zou strekken, maar ook in dat laatste geval zal de Gemeente, naar het hof terecht en niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld, de bepaling van art. 164 van de planvoorschriften in aanmerking moeten nemen. De Gemeente diende zich tegen de achtergrond van die bepaling te realiseren dat aan het bouwen binnen een bepaalde afstand van aardgasleidingen veiligheidsrisico's zijn verbonden en dat de belangen van Gasunie daarbij nauw zijn betrokken. Daaraan doet de enkele omstandigheid dat ten tijde van de vergunningverlening de fundering reeds was aangebracht en de daaraan verbonden risico's zich (nog) niet hadden gerealiseerd, niet af.

2.31 In de toelichting op het subonderdeel (zie de schriftelijke toelichting van mr. Scheltema onder 4.42) wordt, onder verwijzing naar HR 7 mei 2004, [NJ 2006, 281](#), m.nt. Jac. Hijma, en het volgens het subonderdeel in dat arrest vervatte streven om overheidsaansprakelijkheid jegens een in beginsel onbepaalde groep van derden voor schade die op meestal niet te voorziene wijze kan ontstaan te voorkomen, betoogd dat het in het kader van het bouw- en woningtoezicht te ver gaat om aan te nemen dat een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm alsnog zou kunnen meebrengen dat de overheid bij de uitoefening van dat toezicht

verantwoordelijk zou kunnen zijn voor de mogelijke schadelijke gevolgen daarvan voor individuele derden.

Dit betoog overtuigt naar mijn mening niet, nog daargelaten of en in hoeverre het in het subonderdeel (dat de gelding van de door het hof bedoelde ongeschreven norm op zichzelf niet betwist) steunt vindt. Ik volsta hier met de kanttekening dat de door het hof gehanteerde zorgvuldigheidsnorm nu juist niet strekt tot bescherming van een onbepaalde groep van derden, maar van een op voorhand bij de Gemeente bekende derde (Gasunie) in een op voorhand aan de Gemeente bekend, specifiek belang, en dat hier evenmin sprake is van schade die op een meestal onvoorziene wijze kan ontstaan.

Wij zien hier, dat eiser tot cassatie zich op het *duwbak Linda*-arrest beroepen had, wat de A-G betreft zonder succes, een thema waarop ik zo dadelijk nader wil ingaan.

Dan nu het oordeel van de Hoge Raad op dit punt:

3.5.1 Onderdeel 2 neemt tot uitgangspunt dat de leden 1 en 2 van art. 164 van de planvoorschriften strekken tot bescherming van omwonenden en gebruikers van gebouwen en terreinen rond de aardgastransportleiding en, met het oog op de daaraan verbonden veiligheidsrisico's, ter voorkoming van bebouwing binnen een afstand van vijf meter ter weerszijden ervan. Het onderdeel betoogt dat het toezicht van de Gemeente tot doel heeft de naleving van de regels te bevorderen, doch dat het deze niet kan garanderen, zeker niet ten opzichte van anderen dan de vergunninghouder. De enkele omstandigheid dat de Gemeente in haar taak is tekortgeschoten, brengt volgens het onderdeel nog geen aansprakelijkheid met zich. Als een onveilige situatie is ontstaan, moet dat worden verweten aan degene die in strijd met de voorschriften heeft gebouwd op de aardgastransportleiding. Niet valt in te zien waarom een procedure van Gasunie tegen de vergunninghouder geen kans van slagen zou hebben gehad. Ten slotte keert het onderdeel zich ook tegen het oordeel van het hof dat op de Gemeente een ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting rustte.

3.5.2 Het onderdeel faalt.

Het hof heeft het standpunt van de Gemeente dat art. 164 strekt tot bescherming van omwonenden en gebruikers zoals hiervoor vermeld, als juist aanvaard doch daaraan, in cassatie onbestreden, toegevoegd dat Gasunie een daarvan afgeleid belang heeft dat daarmee zozeer samenhangt dat het onder deze bescherming moet worden begrepen. Dit belang acht het hof door de Gemeente geschonden. Aan de aansprakelijkheid van de Gemeente kan niet afdoen dat de vergunninghouder ook een eigen verantwoordelijkheid heeft en niet op de aardgastransportleiding had mogen bouwen. Deze oordelen zijn juist; de ertegen gerichte klachten zijn dus tevergeefs voorgesteld.

Het oordeel dat het handelen van de Gemeente niet slechts onrechtmatig is op de hiervóór in 3.2 onder (e) weergegeven grond maar dat de Gemeente met de vergunningverlening tevens een op haar rustende ongeschreven zorgvuldigheidsverplichting heeft geschonden, is ten overvloede gegeven. De tegen dit oordeel gerichte klacht kan dus bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden.

3.6 Onderdeel 3.1 betoogt dat het hof heeft miskend dat van aansprakelijkheid van de Gemeente uit onrechtmatige daad jegens Gasunie slechts sprake kan zijn indien de Gemeente met betrekking tot het bouwtoezicht in ernstige mate is tekortgeschoten en dat daarvan eerst sprake is indien de Gemeente ter zake van het over het hoofd zien van de aanwezigheid van een aardgastransportleiding een ernstig verwijt treft. Het onderdeel faalt, omdat dit betoog geen steun vindt in het recht.

Het falen van onderdeel 3.1 brengt mee dat ook onderdeel 3.2, dat op onderdeel 3.1 voortbouwt, niet kan slagen.

2.3 Bij de bespreking van hetgeen dit arrest op het gebied van de relativiteit te bieden heeft, wil ik de uitspraak maar meteen naast die inzake *duwbak Linda* leggen. In de gedachte dat elke vergelijking mank gaat, maar zonder vergelijking (*distinguishing*, zegt de Engelse broeder) komen we in het recht niet verder.

In beide zaken gaat het om aansprakelijkheid van de overheid, die zich daarbij verschanst heeft achter het relativiteit-schild: het kan allemaal niet zo erg zorgvuldig geweest zijn wat zij deed, maar het geschonden belang van de gelaedeerde werd niet door de wettelijke norm beschermd (*primo*) en het is de vraag of wij wel aan de correctie-Langemeijer toekomen (*secundo*). Het is allereerst de vraag, om met de relativiteit te beginnen, of de gelaedeerde persoon in beide gevallen even zichtbaar was voor de wetgever-normverschaffer. In de duwbak-zaak is dat bij een lekke bak degene die in het verkeer daardoor schade oploopt, de ‘tegenligger’ zozegd (Van Hasselt) In de gasleiding-zaak is dat degene die de daadwerkelijk ontstane gevaarssituatie moet opheffen, de exploitant (Gasunie). In de laatste zaak had de rechter het in zover gemakkelijk, dat in de omschrijving van de wetsnorm, art. 164 planvoorschriften, de persoon van de exploitant met zoveel woorden genoemd wordt; een wel heel direct betrokken derde. Het was dus een koud kunstje om hier met een ‘afgeleide norm’ te werken, zoals het hof gedaan had, met de zegen van OM en Hoge Raad, en de luwte van art. 163 op te zoeken.

Lag dat nu in de duwbak-zaak heel anders? Het enige verschil dat ik kan vinden, is dat de derde hier niet in de tekst van de norm staat, maar in de toelichting die de bewindslieden geven bij de totstandkoming ervan. Zoals wij zagen, wordt de positie van derde verkeersdeelnemer uitdrukkelijk genoemd, de schade die ‘aan andere schepen’ kan worden toegebracht door een gebrekkig schip, een gevaarssituatie die de wetgever met behulp van keuring tracht te voorkomen. Aldus de parlementaire geschiedenis van een wetsbepaling, haar bedoeling aan de hand van ‘de wil van de wetgever’ aangetoond, zoals dat vroeger beeldend heette (toen Wet nog met een hoofdletter geschreven werd en de wetgever een strenge vader was). In beide gevallen gaat het de wetgever om een gevaar dat volstrekt voorzienbaar is voor de toezichthoudende overheid, evenals de schade, en de mogelijke omvang ervan. A-G Keus heeft dat mooi onder woorden gebracht; ik geef dat hier nogmaals weer, voorzien van een nummering van mijn kant:

... de door het hof gehanteerde zorgvuldigheidsnorm strekt nu juist niet tot bescherming van een onbepaalde groep van derden (1),  
 maar van een op voorhand bij de Gemeente bekende derde (Gasunie) (2)  
 in een op voorhand aan de Gemeente bekend, specifiek belang (3),  
 en dat hier evenmin sprake is van schade die op een meestal onvoorziene wijze kan ontstaan (4).

Dit standpunt werd door de Hoge Raad overgenomen, helaas slechts in de beknopte, nog van de Franse overheerser begin 19<sup>e</sup> eeuw overgenomen ambtelijke stijl. Indien wij de Staat als met keuring van binnenschepen belaste instantie langs deze maatlat van de A-G leggen, zien wij dat in de duwbak-zaak aan alle vier vereisten voldaan is, waarvoor weinig fantasie nodig is. Het gaat hier immers niet om een onbepaalde groep van derden, maar iemand die een *direct hit* van het onzorgvuldig gekeurde schip heeft mogen ontvangen (1), op voorhand bij de Staat bekend is als de tegenligger van een schip dat zinkt of stuurloos wordt (2), een op voorhand bekend, specifiek belang (3), en een schade die op meestal voorziene wijze kan ontstaan (4). Het gaat in beide gevallen om *gevaarstelling*, de kans op een gevaarssituatie, het risico van ontstaan van schade is vergroot ten gevolge van het handelen of nalaten van een partij, een keurende of toezichthoudende instantie. Zoals de Gemeente het in cassatie ook zelf zegt, bij het bouwen binnen afstand van vijf meter ter weerszijden van de aardgasleiding ‘ontstaat daardoor in beginsel steeds een gevaarlijke situatie’ (onder 4.2; concl. OM, nr 2.39). Bij het ten onrechte niet afkeuren van een wrakkig schip is dat niet anders.

Ik zou hieruit willen concluderen dat het standpunt van de Hoge Raad inzake relativiteit in het *duwbak Linda*-arrest verlaten is met het arrest van 13 juli 2007, *Gemeente Barneveld* -

*Gasunie*. Even schrikken voor fervente aanhangers van de relativiteit-figuur, en bestrijders van Amerikaanse toestanden in het bijzonder. Ik hoor graag waar mijn redenering niet zou kloppen.

2.4 Een tweede, minstens zo interessante punt is de wijze waarop de Hoge Raad, wederom bij de hand genomen door zijn A-G, is omgegaan met de correctie-Langemeijer. Bij de beoordeling of er een zelfstandige grond is voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wegens schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm, zegt de Hoge Raad in het arrest van 13 juli 2007 dat hiertoe niet noodzakelijk is dat de toezichthoudende overheid ‘in ernstige mate tekortgeschoten is’ of dat daarvan eerst sprake zou zijn wanneer haar een ‘ernstig verwijt’ treft.

Indien wij de duwbak-zaak langs deze maatlat leggen - even voor de taalgevoelige lezer: het woord ‘norm’ komt van het latijnse *norma*, dat meetlat betekent, duimstok als men van ‘rules of thumb’ houdt, zoals de Engelse broeder de vuistregel noemt - leidt dat tot de volgende uitkomst. Het standpunt door de Hoge Raad ingenomen in 2007 staat lijnrecht tegenover dat uit 2004 in de duwbak-zaak. Toen werd immers overwogen dat de mate van onzorgvuldigheid van de keuring van de Linda, namelijk dat deze 32 jaar oud was en dat de verkoper eerder had afgezien van de verlenging van het keuringscertificaat ‘onvoldoende waren om het oordeel te rechtvaardigen’ dat de Staat ‘jegens Van Hasselt als deelnemer aan het scheepvaartverkeer onrechtmatig heeft gehandeld’ (ov. 3.4.4). Een oordeel conform de conclusie van A-G Spier, zoals wij zagen. Het staat er erg summier, in oud-Franse stijl (*frapper toujours ...*), maar onmiskenbaar vindt de cassatierechter de genoemde feiten onvoldoende om tot aansprakelijk stelling via de correctie-Langemeijer te komen. Wij zagen hierboven dat het de Raad gemakkelijk gemaakt was doordat door eiser tot cassatie geen middel aan deze figuur en haar schending door het hof gewijd was. In de Gasunie-zaak lag dat anders, omdat het hof zijn zaakjes wel kende, anders dan veel cassatie-advocaten, en de correctie-Langemeijer uitdrukkelijk gehanteerd had, zij het ten overvloede, voor het geval de hoogste rechter op relativiteit-gebied dwars zou liggen.

Als kanttekening, het arrest van 13 juli 2007 steun biedt voor het standpunt dat Schueler bij de Vereniging voor Bouwrecht ingenomen heeft waarbij hij de relativiteitsleer à la Duwbak terzijde stelt in geval van falend toezicht bij toepassing van bouwvoorschriften, zoals hierboven ter sprake kwam. Hij spreekt daarbij nog voorzichtige van ‘ernstige verwijtbaarheid’ van de gemeente als vereiste, en wordt dus op dit punt ingehaald door de Hoge Raad.

De conclusie moet derhalve zijn dat de Hoge Raad op het punt van de correctie-Langemeijer is omgegaan ten opzichte van het (bedekt geformuleerde) standpunt ingenomen in *duwbak Linda*, drie jaar eerder. Het is te hopen dat de advocatuur deze rechtsfiguur eindelijk eens serieus gaat nemen, en niet achter de hijgerige relativiteit-aanhangers blijft aanlopen, die in doodlopende stegen leiden. Een *cul-de-sac* figuur dus, flauwe kul, met andere woorden. Zoals Wolfsbergen het in 1946 reeds zei, in zijn vermaarde studie over de onrechtmatige daad, de relativiteitsleer is ‘overbodig en onbruikbaar’. Hij schreef dit in navolging van Smits (de latere President van de Hoge Raad) die de leer de ‘theoretische genadeslag had gegeven’. Volgens Wolfsbergen is de leer ‘in haar werking identiek met hetgeen ook zonder haar zou gelden, doch, op grond van licht mogelijk verkeerde toepassing levert zij gevaar op voor onjuiste beslissingen’. Wolfsbergen zag ‘heel wat betreurenswaardige uitspraken’, wat dat betreft is er sinds 1946 weinig veranderd.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Zie voor deze citaten, en vindplaatsen, mijn *Verbintenissenrecht* 2, p.259 (2<sup>e</sup> dr, 1993, p.361 v.). De Asser-bewerker, Rutten, en later Hartkamp, stelden dat zij de wettelijke formulering van de relativiteitsleer wel



De correctie-Langemeijer werd in 1957 niet voor niets door een groot jurist als Langemeijer aangereikt (als P-G) om de perikelen van de Duitse dogmatiek (verkeerd toegepast ook nog) te omzeilen. Een figuur die in de beruchte (c.q. befaamde) arresten van 30 september 1994 over grootschalige bodemvervuiling in het verleden, inzake Shell, Philips-Duphar en Fasson, ten onrechte door de landsadvocaat niet aan de Hoge Raad voorgelegd werd, die daarmee vrij spel kreeg om via een curieuze toepassing van de relativiteit-figuur de verhaalsacties van de Staat af te wijzen. Een misser van de landsadvocaat die in de jaren '90 al als een kunstfout kon gelden, ik heb daar indertijd op gewezen, maar die zoals wij zagen in het arrest van 2004 nog steeds herhaald wordt door de cassatie-advocatuur.<sup>16</sup>

2.5 Hierboven werd al gewezen op het belang van het arrest van 13 oktober 2006 inzake *Vie d'Or*, waarin de Hoge Raad niet gevoelig bleek voor het argument van de *unforeseeable plaintiff*, in dit geval de onafzienbare groep eisers die aan de poorten rammelen, namelijk gedupeerde polishouders van het failliete *Vie d'Or* als gevolg van falen van de actuaris bij het uitbrengen van een actuariel verslag (evenals de Verzekeringkamer en accountants), die een vordering van 177 miljoen gulden hadden ingesteld.<sup>17</sup> Ik volsta met een weergave van de kernoverwegingen van de Raad:

4.3 Ter beantwoording van de vraag of de actuaris onrechtmatig heeft gehandeld en deswege aansprakelijk kan zijn voor de individuele vermogensschade die de polishouders hebben geleden doordat *Vie d'Or* wegens insolventie niet aan haar verplichtingen uit de verzekeringsovereenkomst heeft kunnen voldoen, moet worden onderzocht wat van hem als redelijk handelende en redelijk bekwame onafhankelijke certificerende actuaris moest worden gevergd in het kader van een zorgvuldige uitoefening van zijn taak met het oog op het belang van de polishouders bij de continuïteit van *Vie d'Or*.

4.4.1 Met betrekking tot de vereiste zorgvuldigheid wordt het volgende vooropgesteld. De belangen die met een goede uitoefening van de taak van de onafhankelijke certificerende actuaris zijn gemeoid, zijn niet beperkt tot die van de rechtspersoon om wiens verslag en jaarrekening het gaat. In het maatschappelijk verkeer mogen derden in beginsel verwachten dat de informatie zoals deze door een - veelal wettelijk verplichte - openbaarmaking van de actuariële verklaring naar buiten komt, inhoudt dat naar het onafhankelijk en objectief inzicht van de actuaris de in het actuariële verslag genoemde technische voorzieningen en andere actuariële waarderingen prudent en de sterftevergelijking juist zijn vastgesteld en dat de verklaring voldoet aan de vereisten die wet en regelgeving stellen en in overeenstemming is met de normen en standaarden die te dier zake in de beroepsgroep algemeen worden aanvaard. Ook derden moeten hun gedrag kunnen afstemmen op de verschaft informatie en bij het nemen of handhaven van hun (financiële) beslissingen in beginsel kunnen vertrouwen dat het in de actuariële verklaring gepresenteerde beeld niet misleidend is. Aldus dient deze taakuitoefening van de actuaris mede een wezenlijk publiek belang.

Het vorenstaande betekent dat in beginsel hoge eisen moeten worden gesteld aan de zorg die de onafhankelijk certificerende actuaris naar in het maatschappelijk verkeer geldende zorgvuldigheidsnormen moet betrachten bij zijn werkzaamheden in verband met de actuariële verslagen.

4.4.2 Bij de beantwoording van de vraag of de certificerende actuaris heeft gehandeld in overeenstemming met de van hem in het concrete geval te vergen zorg, komt het - met inachtneming van hetgeen hiervoor is vooropgesteld - aan op een beoordeling van alle omstandigheden van het geval.

---

zouden kunnen missen, naast het causaliteitsartikel, maar dat zou de *overzichtelijkheid* (!) niet ten goede komen. Zie eveneens t.a.p. Het klassieke boek van Wolfsbergen, gevallen in de oorlog, is postuum verschenen, met voorwoord van Meijers die zich voor de publicatie beijverd had.

<sup>16</sup> Zie mijn artikel in *TMA* 1995, p.123, onder nr 12. Vgl. ook mijn *Verbintenissenrecht* 2, 3<sup>e</sup> dr., 1997, p.212 v.; 5<sup>e</sup> dr., 2004, p.262 v.

<sup>17</sup> HR 13 okt. 2006, *RvdW* 943, *Vie d'Or*. De conclusie is van A-G Timmerman.

Daarbij zal moeten worden onderzocht of en in hoeverre in nationale en Europese regelgeving neergelegde (dwingende) voorschriften omtrent de taak van de actuaire ten aanzien van de praktische toepassing van de verzekeringswiskunde in verband met de jaarrekening van levensverzekeringsmaatschappijen zijn nageleefd. Voorts behoren tot de in de beoordeling te betrekken factoren de aard van de geschonden norm en de ernst van een geconstateerde schending daarvan, de door de actuaire wel getroffen maatregelen of verschaft informatie, de mate waarin het gevaar van aantasting van de betrokken vermogensbelangen voor de actuaire redelijkerwijs voorzienbaar was en, mede in verband daarmee, of die (onderzoeks)maatregelen zijn genomen en die waarschuwingen zijn gegeven die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze van de actuaire konden worden gevergd ter voorkoming van dit gevaar.

Daar is geen woord Frans bij. Het kan dus anders, ook als er een horde van derden bij betrokken is, en het om grote schadebedragen gaat. De passage over de vereisten die de wet stelt aan een certificerend persoon, het vertrouwen dat derden mogen hebben dat het verkregen beeld niet misleidend is, het gedrag kunnen afstemmen op de verkregen informatie, het wezenlijke publieke belang dat hier gediend wordt, het zijn even zovele factoren die in de duwbak-zaak pijnlijk gemist werden in het oordeel van de hoogste rechter.

De rol van de relativiteitsleer lijkt met deze jongste jurisprudentie vrijwel uitgespeeld, kunnen wij concluderen. Dat brengt mij op een terugblik op de rol van dit leerstuk in het milieuaansprakelijkheidsrecht, de spraakmakende uitspraken over grootschalige bodemvervuiling door de bedrijven Total en Akzo, uit 2002 en 2001. Ik wil de figuur van relativiteit, op dit terrein op het oog hecht verankerd door de cassatierechter, nader bezien van uit dezelfde invalshoek: het beroep op de strekking van de toepasselijke wet, die aan bescherming van de in casu geschonden belangen in de weg zou staan.

## **Deel 2: Relativiteit en aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging in het verleden**

### 3. De jurisprudentie over verhaalsacties van de Staat bij grootschalige bodemvervuiling, *Total (2002)* en *Akzo (2001)*

#### Inleiding

3.1 Het leerstuk van de relativiteit heeft behalve op het terrein van de aansprakelijkheid van toezichthouders ook een grote vlucht genomen bij de milieuaansprakelijkheid, met name de bodemvervuiling in het verleden. Begin jaren '90 verscheen de relativiteit ten tonele, met als climax de reeds genoemde arresten van 30 september 1994 inzake *Shell, Philips-Duphar* en *Fasson*. Ik wil deze voor de lezer van dit blad naar ik aanneem bekende problematiek eens belichten van uit het beroep op de strekking van de wet, zoals te herleiden uit de parlementaire geschiedenis van de wettelijke normen die in het geding zijn.

De kern van het door de Hoge Raad in 1994 ingenomen standpunt is zoals bekend dat als voorwaarde voor onrechtmatig handelen dient te gelden dat men slechts een belang behoort te ontzien dat men kende of behoorde te kennen. Het moet gaan om een belang van anderen waarop men bedacht moest zijn. Dat is dus niet het geval wanneer de schade betrekking heeft op de Staat die in zijn saneringsbelang geschaad is en kosten van bodemsanering gemaakt heeft, tenzij dat belang bekend was. Daarbij wordt 1 januari 1975 als grenssteen gehanteerd voor die kennis (tot op tegenbewijs door de Staat); dat was een suggestie van het OM (A-G Koopmans, in jurisprudentie van 1992). Indien niet aan dit vereiste is voldaan, heeft men niet onrechtmatig gehandeld, stelt de Raad, want in dit opzicht 'bestaat een nauwe samenhang tussen onrechtmatigheids- en het relativiteitsvereiste'.

Bij het vaststellen van de magische datum 1 januari 1975 was men (het OM) uitgegaan van het tijdstip waarop de wetgever zich het milieubelang ging aantrekken, dat was in 1970 nog niet het geval, en in 1980 zeker wel het geval, en toen rolde het gulden midden, 1975, er vanzelf uit. De kennis van milieuvervuilende bedrijven werd hieraan gekoppeld, een kennis die niet met algemene kennis gelijk gesteld werd. Kennis *in het algemeen* ten aanzien van het ernstige gevaar voor de volksgezondheid van giftige stoffen wettigt nog niet dat het destijds al onzorgvuldig was om zulke afvalstoffen te doen storten, oordeelt de cassatierechter. Het zal duidelijk zijn dat in deze redenering – wat men er ook van denken mag – doorslaggevend is dat een bedrijf dat zich van schadelijke afvalstoffen ontdoet specifieke kennis heeft van de gevaren van die stoffen voor het milieu in de bodem, en dat de kennis van de wetgever op dat gebied het ijkpunt is.

Ik heb indertijd, in het *NJB* van 1994, aangetoond dat de wetgeving over bestrijdingsmiddelen (want daar ging het in deze procedures om) klare taal sprak die OM en Hoge Raad volstrekt miskend hadden: de bestrijdingsmiddelenwetgeving is in 1935 ontstaan, en heeft in de decennia erna een vervolg gekregen.

Wat daarvan zij, het is in de jurisprudentie van de Hoge Raad nog steeds van belang om aan de hand van de wetgeving aan te tonen welke kennis men bij een bedrijf met een bodemprobleem mag verwachten. Wanneer het OM geroepen is om de cassatierechter te adviseren over de staat van de wetgeving op dit punt, gaat het nog steeds mis. Een goed voorbeeld is het *Total*-arrest, HR 25 oktober 2002, *NJ* 2004, 211, waarin de Hoge Raad overigens zijn standpunt inzake de toepassing van art. 75, lid 6 Wbb ('ernstige verwijtbaarheid') na de introductie ervan in de Akzo-zaak (2001) bevestigd heeft.

### De Total-zaak

3.2 Het betrof bodemvervuiling van een opslagterrein van olieproducten in Almelo, 2 bovengrondse en 23 ondergrondse opslagtanks, in de periode van 1969 tot 1976. In dat laatste jaar werd het terrein aan Best Oil verkocht, dat in 1981 de activiteiten gestaakt heeft (het werd toen parkeerterrein). Het Hof Den Haag stelt vast, behoudens tegenbewijs, dat zich na 1 jan. 1975 overstromingen van aardolieproducten bij het lossen van schepen en morsen van die producten bij het laden van tankauto's hebben voorgedaan. Het Hof Den Haag kwam tot aansprakelijkheid van Total, waarbij de aan de Hinderwet-vergunning verbonden voorwaarden een grote rol speelden, de normen die verband hielden met het gevaar van lekken en morsen van olieproducten. Verder achtte het hof van belang welke kennis bij Total in de jaren '60 en '70 verwacht mocht worden ten aanzien van de gevaren voor het milieu die daarbij konden optreden. Het hof overwoog daaromtrent als volgt:

21. Uit de aan de Hinderwet-vergunning verbonden voorwaarden, alsmede uit de door de Staat overgelegde documentatie volgt dat Total de ernstige gevaren kende die aan de opslag/overslag e. d. van de door haar verhandelde aardolieproducten waren verbonden, althans dat zij deze gevaren behoorde te kennen. Bedoelde voorwaarden (zie bijv. de algemene voorwaarden voor ondergrondse voorraadtanks en afleverpompen voor benzine, superbenzine, petroleum en (auto)gasolie nummers 15, 17, 18, 19 en 24, behorend bij de vergunning van 15 oktober 1969, productie 6 bij conclusie van repliek) waren (onder meer) gericht op het voorkómen van lekken en morsen van vloeistoffen, hetgeen zelfs uitdrukkelijk als voorwaarde 24 in voormelde vergunning is opgenomen. Ook volgens het - in zoverre niet door Total bestreden - rapport van het Instituut voor Milieuvraagstukken van de Vrije Universiteit te Amsterdam van december 1988 (productie 16 bij conclusie van repliek) waren deskundigen, tot wie ook de grote oliemaatschappijen (zoals Total) kunnen worden gerekend, gedurende de (onderzochte) periode van 1950 tot 1970 op de hoogte van het gevaar voor mens en milieu van het in de bodem terecht komen van aardolieproducten en had de Nederlandse oliehandel redelijkerwijs vanaf het midden van de jaren vijftig en zeker gedurende de jaren zestig op de hoogte kunnen zijn van het gevaar daarvan voor mens en milieu. Dit wordt in grote lijnen

bevestigd door het rapport van hetzelfde instituut van september 1995 (productie 1 bij akte houdende eisenwijziging en overlegging producties).

In zijn conclusie gaat A-G Spier hierop in en bespreekt de Hinderwet en Hinderwetvoorwaarden die Total opgelegd zijn. Total had in cassatie gesteld dat de Hinderwetvergunning niet – althans hooguit na 1969 – mede ter voorkoming van bodemverontreiniging strekte (vgl. concl. OM, nr 5.18, onder c). A-G Spier stelt zelf, nr 5.20 e.v., dat 's hofs afleiding uit de Hinderwetvergunningvoorwaarden dat Total de ernstige gevolgen voor milieu en volksgezondheid van bodemverontreiniging met olieproducten kende of behoorde te kennen 'volstrekt onbegrijpelijk' is.

De overweging van het hof inzake bij Total bestaande kennis van de ernstige gevaren aan opslag/overslag verbonden, die het afleidt uit de Hinderwetvoorwaarden en de IMV-rapporten (ov. 21) wordt door a-g Spier weergegeven onder nr 5.25 van de conclusie. Daarbij staat voor hem voorwaarde 24 uit de Hinderwetvergunning van 15 okt. 1969 centraal (geciteerd onder nr 3.5.2 van de concl.), het voorkomen van lekken en morsen bij het vullen van tanks. De A-G is niet erg onder de indruk daarvan, zoals blijkt uit de volgende passage (nr 5.23-26):

5.23 Ook *onderdeel 3.2.2 en 3.3.1*, zoals onder 5.18 sub c samengevat, snijdt hout.<sup>18</sup>

5.24 De toenmalige Hinderwet zag op het voorkomen van het veroorzaken van gevaar, schade of hinder door inrichtingen (art. 2 lid 1 Hinderwet). Ingevolge art. 1 sub V Hinderbesluit waren vergunningplichtig "[i]nrichtingen waar vloeistoffen waarvan het ontvlammingspunt, bepaald met het toestel van Abel-Pensky, bij een druk van 760 mm lager dan 55°C is gelegen, worden verkregen (...) alsmede inrichtingen, bestemd tot bewaring van zodanige vloeistoffen". Uit de bijlage behorende bij de circulaire van 27 april 1960, nr 717, afd. Arbeidsverhoudingen blijkt dat deze bepaling met name is geschreven met het oog op de brandbaarheid van die stoffen.

5.25 Leest men de door het Hof genoemde voorwaarden, die waren verbonden aan de Hinderwetvergunning uit 1969 van Total - en met name het door het Hof gereleveerde art. 24 - , dan kan de gedachte postvatten dat (mede) wordt gedoeld op voorkoming van bodemverontreiniging. Het ligt evenwel allerm minst voor de hand zich blind te staren op de tekst van deze voorwaarde(n). Het lijkt integendeel zinvol voor de betekenis (ten minste mede) te rade te gaan bij de bedoeling van de regelgever, zoals onder 5.24 kort weergegeven.

5.26 Bij deze stand van zaken is ook 's Hofs oordeel dat de voorwaarden zijn opgenomen ter voorkoming van bodemverontreiniging door morsen en lekken ontoereikend gemotiveerd. (noten niet opgenomen).

Onder nr 5.24 geeft de A-G de ratio van de Hinderwet weer, wat vergunningplichtige inrichtingen waren en betoogt dat de bepaling van de bijlage van de circulaire van 27 april 1960 'met name geschreven is met het oog op de *brandbaarheid* van die vloeistoffen'. Aldus wordt de 'bedoeling van de wetgever' bloot gelegd, en daarin komt de bodemverontreiniging niet voor. Daarmee sneuvelt het oordeel van het hof in zijn opvatting.

3.2 De weergave die Spier geeft van de 'bedoeling van de wetgever' is echter niet in overeenstemming met de werkelijkheid. In de Bijlage bij circulaire 27 april 1960, *S & J*, p.84 v., vindt men de *Brandbare vloeistoffen* behandeld (p.90 v.) Dat gebeurt naar aanleiding van art.1, sub V, Hinderbesluit (waarnaar door A-Spier in zijn conclusie verwezen werd). Na een omschrijving van de vloeistoffen met een ontvlammingspunt bepaald met toestel van Abel-Pensky, etc., wordt in de circulaire gesteld:

<sup>18</sup> N.B.: de samenvatting onder 5.18c luidt: 'De Hinderwetvergunning strekte niet – althans hooguit na 1969 – mede ter voorkoming van bodemverontreiniging'.

‘Aangezien vele landbouwers vloeistoffen als hier bedoeld (tractorpetroleum, benzine) in voorraad hebben kan bij het verlenen van een hinderwetvergunning voor een bewaarplaats van deze meestal kleine hoeveelheden nabij de gebouwen van een boerderij, al naar gelang de plaatselijke omstandigheden, een of meer der volgende voorwaarden worden gesteld: ....

Daarna volgen 5 aanbevolen voorwaarden die gesteld kunnen worden. Hiervan betreft de 1<sup>e</sup> de beperking tot ten hoogste 3 vaten van 200 l.; de voorwaarden 2, 4 en 5 hebben betrekking op brandgevaarlijkheid. Voorwaarde 3 is echter voor ons onderwerp van groot belang:

3. De vaten moeten geborgen zijn, hetzij in een in de grond gegraven kuil, hetzij in een ruimte, die omgeven is door een waterdichte dam of een greppel, welke kuil, ruimte of greppel alle daarin geborgen vloeistof kan bevatten. De bodem van de greppel moet zich boven het grondwater bevinden.

Deze voorwaarde, uit 1960, is onmiskenbaar gericht op het voorkomen van *aan de bodem toegebrachte milieuschade*: waterdichte dam of greppel; bodem boven het grondwater. Grotere hoeveelheden moeten in *ondergrondse tanks* opgeslagen worden.<sup>19</sup>

A-G Spier heeft deze voorwaarde 3 *in het geheel niet vermeld* in zijn conclusie in de Total-zaak, en heeft daarmee een vertekend beeld gegeven, als zou milieubescherming en bodemverontreiniging in het geheel geen thema zijn van de minister in 1960, en alles op de brandveiligheid gericht zijn. Het standpunt van de minister zoals dat in modelvoorwaarde 3 naar voren is gekomen is in overeenstemming met de *state of the industry* en *state of the art* rond 1960, zoals aangetoond is in de IMV-rapporten. Dit thema kan hier niet uitgewerkt worden.<sup>20</sup>

De Hoge Raad heeft het standpunt van A-G Spier overgenomen, onder verwijzing naar de betreffende passage in de conclusie OM, zie ov. 4.7, in fine:

4.7 In zijn arrest van 20 april 2001, *NJ* 2001, 561 (d.i. *Akzo*, JMvD), heeft de Hoge Raad overwogen dat met "ernstig(e) verwijtbaar(heid)" in art. 75 lid 6 Wbb een schuldgradatie wordt aangeduid, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat slechts aansprakelijkheid bestaat als opzettelijk of bewust roekeloos is gehandeld. Daarbij moet het derhalve gaan om gevallen waarin ondanks het bestaan van redelijkerwijs toepasbare alternatieven willens en wetens of met grove onverschilligheid ten aanzien van de gevolgen, kort gezegd stoffen op of in de bodem zijn gebracht die tot verontreiniging hebben geleid. Ten aanzien van het begrip "ernstige gevaren" in art. 75 lid 6 Wbb heeft de Hoge Raad in dit arrest overwogen dat het daarbij niet gaat om de gevaren die in het algemeen aan een stof zijn verbonden, maar uitsluitend om de gevaren die voor mens en milieu bestaan wanneer deze stof op of in de bodem is gebracht. In het licht van dit een en ander heeft het Hof door te overwegen en te oordelen als het in rov. 20-24 heeft gedaan hetzij deze maatstaven miskend en aldus blijkt gegeven van een onjuiste opvatting omtrent de begrippen "ernstig (e) verwijtbaar(heid)" en "ernstige gevaren", hetzij zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd, nu de door het Hof in rov. 21-24 in aanmerking genomen omstandigheden niet tot de slotsom kunnen leiden dat Total opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld, en daaruit evenmin kan volgen dat sprake is van ernstige gevaren voor mens of milieu wanneer olieproducten op of in de bodem zijn gebracht. Bij dit laatste

<sup>19</sup> In dezelfde tijd wordt door de wetgever aandacht besteed aan milieuschade toegebracht aan de bodem in de Bestrijdingsmiddelenwet 1962 (ingediend in 1960), ter vervanging van de wet van 1947, zie nog onder, p.14.

<sup>20</sup> Ook de IVM-rapporten worden door A-G Spier onjuist weergegeven; op dit punt werd het OM door de Hoge Raad eveneens voetstoots gevolgd.

verdient aantekening dat dit niet voortvloeit uit de aan de Hinderwetvergunning verbonden voorwaarden, nu deze voorwaarden blijkens hetgeen is vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.24 zien op de brandbaarheid van deze stoffen en niet op bodemverontreiniging, en voorts dat het Hof ten aanzien van het rapport van het Instituut voor Milieuvraagstukken van de Vrije Universiteit te Amsterdam niet heeft vastgesteld dat sprake is van ernstige gevaren voor mens en milieu door het in de bodem terechtkomen van aardolieproducten.

De onderdelen 3.1.2, 3.2.1, 3.3.1 en 3.3.2 treffen derhalve doel.

Aangezien de A-G de strekking van de Hinderwet aantoonbaar onjuist weergegeven heeft, en zelfs opzettelijk elementen met betrekking tot bodemverontreiniging en milieuschade onvermeld gelaten heeft, moet de conclusie luiden dat de Hoge Raad door het OM op het verkeerde been gezet werd.<sup>21</sup> Met noodlottige afloop voor der Staat; de procedure, na verwijzing is echter nog niet beëindigd, begrijp ik.

3.4 Intussen zal duidelijk zijn dat het vaststellen van de bij een bedrijf aanwezige kennis met betrekking tot het milieuschadelijk karakter van afvalstoffen van groot belang is voor de toepassing van het ‘ernstig verwijtbaar’-kriterium van art. 75 lid 6 Wbb. Indien men in strijd met de wet of een vergunningsvoorschrift gehandeld heeft, dan kan al snel die vorm van verwijtbaarheid aangenomen worden. A-G Spier is daar duidelijk over; ik laat die passage in zijn conclusie hier volgen, om aan te geven hoe belangrijk het is dat wet of vergunningsvoorwaarden juist weergegeven worden.

A-G Spier heeft het volgende uitgangspunt:

5.30.1 Zou rechtens als vaststaand moeten worden aangenomen dat een bedrijf dat ernstige bodemverontreiniging heeft veroorzaakt het ernstige gevaar daarvan kende dan zou daaruit m.i. in voorkomende gevallen een ernstig verwijt kunnen worden afgeleid.

Dat wordt in de volgende paragraaf uitgewerkt, onder *a t/m f* (een vrije omschrijving van art. 75 lid 6, met elementen van *state of the industry* en *state of the art*); met als conclusie:

5.31 Op het eerste gezicht lijkt het erop dat aldus bij bekendheid met het ernstige gevaar aanvullende eisen worden gesteld zodat aansprakelijkheid nog meer uit beeld geraakt dan bij art. 75 lid 6 Wbb reeds het geval is. Dat is uiteraard niet beoogd; het zou ook niet stroken met de bedoeling van de wetgever.

5.32.1 De moeilijkheid waarvoor wij ons geplaatst zien, is dat de wetgever het blijkens de tekst van art. 75 lid 6 mogelijk heeft geacht dat sprake zou kunnen zijn van een ernstig verwijt in een situatie waarin de laedens het ernstige gevaar behoorde te kennen. Het ligt voor de hand dat in een dergelijke situatie sprake moet zijn van hoogst belastende factoren. Vermoedelijk heeft de wetgever daarbij het oog gehad op gevallen waarin een bedrijf zich in zeer negatieve zin onderscheidde van zijn concurrenten, terwijl (eenvoudig) beschikbare alternatieven voorhanden waren.

De crux is voor de A-G dat *wetenschap* vereist is van de gevaren bij het in de bodem brengen van de gevaarlijke stoffen, de olieproducten; een *vermoeden* is zijns inziens niet voldoende, aldus nr 5.29. Dat thema wordt als volgt uitgewerkt, in nr 5.32.2 e.v.

Na gesteld te hebben dat wanneer in een bedrijfsvoering ‘uiterst nonchalant met bijvoorbeeld gevaarlijke afvalstoffen werd omgesprongen’ dit ‘vermoedelijk in strijd met een of meer vergunningsvoorwaarden zal zijn’. Maar van grove onverschilligheid kan zijns inziens moeilijk sprake zijn ‘wanneer men niet wist dat die stoffen daar schadelijk waren’.

<sup>21</sup> Idem: parl. Gesch. Van art. 75 lid 6 Wbb. Zie mijn bijdrage aan Wijn & Stael Bundel, 2005, p. ....

‘Wist men dat niet dan is voor mij onduidelijk waarin de grove onverschilligheid ten aanzien van de gevolgen zou schuilen’ (nr 5.32.2). Hierop volgt dan:

5.32.3 Gaat het om de tweede situatie waarop de wetgever het oog heeft gehad (bekendheid met het ernstig gevaar) dan zullen minder strenge aanvullende eisen gesteld mogen worden voor het aannemen van een ernstig verwijt. Bij de invulling van de onder 5.30.2 genoemde factoren moet daarmee rekening worden gehouden. Maar men kan die factoren niet geheel wegpoetsen.

Zeer uitgesproken is het even verder gestelde:

5.37.2 Wordt een concreet geval aangenomen dat het ernstige gevaar bekend was, dan zou ik zulks - met inachtneming van hetgeen onder 5.30 werd betoogd - willen kwalificeren als ernstig verwijt.

In dit verband is nog interessant het standpunt dat A-G Spier ingenomen heeft ten aanzien van de vraag op welk niveau van de onderneming bepaalde kennis aanwezig moet zijn. Is het van doorslaggevende betekenis dat het *lagere personeel* niet in de gaten had dat het milieu ernstig in gevaar gebracht werd met de wijze van het zich ontdoen van giftig afval? De A-G, een overdachte bron, stelt daaromtrent:

5.22 De *onderdelen 3.1.2, 3.2.1, 3.2.2 zomede 3.3.1* klagen er terecht over dat 's Hofs oordeel op dit punt ontoereikend is gemotiveerd. Met de steller van het middel meen ik dat het aankomt op de wetenschap van degenen die de leiding hadden over de betrokken ondernemingsactiviteiten (noot niet opgenomen).

Dat laatste element is interessant, aangezien het OM hier de bedrijfsleiding als aanspreekpunt voor de in het bedrijf aanwezige kennis hanteert. In de Total-zaak, en trouwens ook bij Akzo, zijn nogal wat getuigen afkomstig uit de lagere regionen van het bedrijf of het middenkader (soms pas in een latere periode tot een hoger echelon geroepen). Kennis van wetgeving, Hinderwet-vergunningsvoorwaarden en vakliteratuur moet immers vooral bij het hoogste management van een bedrijf aanwezig geacht worden, indien men op grote schaal met giftige stoffen omgaat en uit dien hoofde een Hinderwet-plichtig bedrijf heeft.

De Akzo-zaak werd al genoemd, en op die procedure zou ik nu, als laatste willen, overstappen.

#### 4. De Akzo-zaak (2001): de chemisch afvalberg die een muis baarde

4.1 De Akzo-procedure moet eveneens in de context van de Hinderwet geplaatst worden, gezien de problemen die op het bedrijfsterrein van Stork en later Akzo ontstonden ten aanzien van een grote berg afval (de uiterst giftige stof HCH).<sup>22</sup> In deze procedure heeft de Staat, na verwijzing,<sup>23</sup> overigens wel de handdoek in de ring gegooid, naar mijn mening, volkomen ten onrechte.

Als opmerking vooraf, in de Akzo-zaak gaat het om dezelfde vraagstelling als in de voorgaande procedure over Total. Om de toon te zetten, A-G Spier stelt in zijn conclusie:

<sup>22</sup> HR 20 april 2001, NJ 2001, 561, *Akzo Nobel Chemicals – Staat*.

<sup>23</sup> Hof Den Bosch 4 okt. 2004. Het besluit daartoe van Staats-secretaris Van Geel van VROM, voorjaar 2005, werd genomen met het oog op een voorgenomen convenant met het grote bedrijfsleven inzake de kosten van bodemsanering, in de wandelgangen bekend als: ‘PHAUSD’ (Philips, Akzo, Unilever, Shell, DSM). Al weer enige tijd niet van vernomen. De Algemene Rekenkamer rapporteerde overigens begin 2007 dat er voor VROM een tekort van 900 mln euro dreigt bij de financiering van bodemsanering tot 2015.

4.42. Het schijnt mij toe dat niet gemakkelijk voorstelbaar is dat een bedrijf ernstig verwijtbaar heeft gehandeld door het storten van giftige stoffen wanneer het niet tevens wist (of ten minste behoorde te weten) dat het zich aldus daarvan ontdoen schade (aan de bodem) zou berokkenen.

4.43. Deze opvatting vindt in de eerste plaats bevestiging in het belangrijke arrest Staat/Shell. Daarin heeft Uw Raad uitvoerig gemotiveerd aangegeven dat en waarom het naar de normen van destijds niet onrechtmatig was om gevaarlijke stoffen in de bodem te (doen) storten (rov. 3.8.4-3.8.6).

Hij beroept zich daarbij zoals wij zien op het *Shell*-arrest (1994), overigens a contrario. Belangrijker is hetgeen even verder betoogd wordt, onder nr 4.76. De A-G weerlegt dat het 'evident' zou zijn – zoals de Staat gesteld had – wat naar maatstaven van de jaren '50 en '60 'ernstig verwijtbaar' is, en vervolgt dan:

4.76. .... Na hetgeen daarover hiervoor is opgemerkt ga ik daarop niet opnieuw in. Vermelding verdient nog slechts dat het niet waarschuwen hooguit dan - los van eventuele alternatieven en hetgeen destijds gebruikelijk was - ernstig verwijtbaar kon zijn wanneer Akzo wist (of misschien behoorde te weten) dat storting aanzienlijke schade zou kunnen berokkenen voor milieu of volksgezondheid. Daarentrent heeft het Hof evenwel niets vastgesteld.

Over wat voor bodemverontreiniging hebben wij het eigenlijk, in de Akzo-zaak? Het ging om 5.500 ton HCH, hexachloorcyclohexaan, afval van de productie van de insecticide 'Lindaan' op het terrein bij Almelo opgeslagen als een berg van 15 m hoog, de 'HCH-berg', die bij wind tot verstuiwing leidde in de wijde omgeving. Veel boeren in de omgeving verloren hun veestapel, en daarmee hun bestaan. Het merendeel van de gifberg werd tenslotte rond 1975 naar Oost-Duitsland afgevoerd, maar 3,4 ton werd in Twente gebruikt om verzakkingen op te hogen, e.d., in de jaren voor 1970. HCH staat bekend als een uiterst giftige stof: in cassatie werd gesteld dat minder dan 2 gram HCH voldoende is om een mens van 100 kg te doden (blijkens een publicatie uit 1954). Hieruit volgt overigens dat het gevaar voor kinderen veel groter is, aangezien het lichaamsgewicht bepalend is voor de toxiciteit. De stoffen HCH en lindaan worden in een bijlage van EG-richtlijn 67/548/EEG van 27 juni 1967 genoemd als gevaarlijke stoffen.

Deze procedure past goed in de eerder genoemde reeks, culminerend in 1994; het gaat om milieuvervuiling van onvoorstelbare omvang, met desastreuze gevolgen voor mens en milieu, met inbegrip van grondwater, dat ook van levensbelang is voor mens. Om de herinnering even op te frissen: Shell had in de periode 1954-1959 een hoeveelheid van 1500 kg resten van bestrijdingsmiddelen ('drins'), vermengd met bouwafval, ter stort gegeven op een terrein bij Gouderak dat toen al de bestemming woningbouw had. Sommige drins, zoals Endrin, zijn in een verdunning van 1:1 miljard nog dodelijk voor elke vorm van leven. In de Volgermeerpolder-zaak had Philips-Duphar in de jaren 1960 tot 1969 10.000 vaten van 200 liter doen storten die onder meer chloorbenzenen en -fenolen, dioxine, lindaan en natriumzout bevatten (afkomstig van o.a. productie van ontbladeringsmiddelen voor Vietnam). Fasson had 7.000 vaten met benzeen, toluen en xyleen laten storten in een zandafgraving.

4.2 Kennis van de Hinderwetgeving is met name van belang voor de vraag welke kennis bij Akzo aanwezig was met betrekking tot de 'ernstige gevaren' voor het milieu, in het bijzonder de bodemverontreiniging, die het omgaan met HCH(-berg) met zich droeg, voor en na 1954, toen Akzo de eigendom van de HCH-berg verkreeg. Een overzicht van kernbepalingen van de Hinderwet, waaruit de strekking van de wet af te leiden is, heb ik als Bijlage bij dit artikel toegevoegd. De geïnteresseerde lezer wordt voor de onderbouwing van het hier volgende daarnaar verwezen.



Akzo was wat het beheer van de HCH-berg betreft Hinderwet-plichtig, aangezien dit onder art. 1, sub VIII Hinderbesluit (afvalverwerking) viel; zij was verder verplicht om uitbreiding van haar inrichting te melden aan het bevoegd gezag, en een nieuwe (aanvullende) Hinderwet-vergunning te vragen. Ook het afvoeren van HCH was Hinderwet-plichtig, als afvalverwerking, terwijl dat ook gold voor het afvoeren van grond waarin zich HCH bevond.

De vraag kan gesteld worden of Akzo vergunning voor afvoeren van HCH en met HCH besmette grond had. Ik veronderstel van *niet*, aangezien zij geen beroep daarop gedaan heeft. Daarmee zou Akzo in strijd met de Hinderwet gehandeld hebben, hetgeen op zich reeds *onrechtmatig* is. Dat laatste punt is van belang in de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van bodemverontreiniging; in de arresten *Shell* en *Duphar* uit 1994 kwam de Hoge Raad zoals bekend tot het oordeel dat het handelen van betrokken vervuilers *niet onrechtmatig* was (een 'deugdelijke wijze' van zich ontdoen van afval).

De luchtvervuiling die vanaf het Akzo-terrein plaatsvond, voor en na 16 april 1954, via schoorsteen en verstuiving, viel onder de werking van de Hinderwet, blijkens circulaire van medio jaren '60.

Bedrijfsstoornissen hadden gemeld moeten worden (dit geldt eveneens ten aanzien van de Total-zaak), zodat de gemeente zich op bijstelling van de Hinderwet-vergunningsvoorwaarden had kunnen beraden. Het is mij niet bekend of deze, of een bedrijfsstoornis-voorwaarde, rond 1966 in de Hinderwetvergunningen van Akzo en Total opgenomen is. Dat geldt eveneens voor de inschakeling van de in de circulaire genoemde Inspecteur van de Volksgezondheid, belast met het toezicht op de hygiëne van het milieu.

De indruk lijkt gewettigd dat Akzo geen bedrijfsuitbreiding gemeld heeft (noch eerder, Stork) terzake van de HCH-berg, en evenmin een uitbreiding Hinderwetvergunning aangevraagd heeft. Ik ken niet het gehele dossier, maar bij de behandeling van de brief van de Gemeente Hengelo van 10 juni 1954 aan Akzo inzake het probleem van verstuiving van de HCH-berg, evenals de briefwisseling met die gemeente in 1982 en 1983, werd geen melding gemaakt van uitbreiding en daaraan verbonden nieuwe vergunningsvoorwaarden.

Het schenden van Hinderwet-verplichtingen is allereerst strafbaar (art. 31 e.v. Hinderwet), maar levert ook onrechtmatig handelen van het betrokken bedrijf op.

Het is niet ondenkbaar dat een op bodemvervuiling aangesproken bedrijf het standpunt zal innemen dat volgens de hierboven beschreven wetgeving de overheid (in casu de gemeente) de verantwoordelijkheid heeft om erop toe te zien dat het bedrijf zich aan de Hinderwetvoorwaarden hield. In de Akzo-zaak is dat argument weinig steekhoudend, aangezien de Gemeente Hengelo zich op 10 juni 1954 tot Akzo gericht heeft met betrekking tot de verstuivingsproblematiek, terwijl in 1982 en 1983 opnieuw vragen gesteld zijn. Mij is niet bekend of hierop aanscherping van de Hinderwetvoorwaarden en toezicht gevolgd is.

4.3 Intussen blijft de *NJ*-lezer met de beklemmende vraag zitten hoe het komt dat het systeem en inhoud van de Hinderwet (al of niet onder het kopje 'strekking van') in het geheel niet aan de orde is gekomen in de Akzo-zaak, terwijl het belang ervan levensgroot is. De landsadvocaat was er niet mee gekomen, en het OM evenmin; ik weet niet wat ernstiger is, van uit het oogpunt als burger (en belastingbetaler). Ik zou willen volstaan met op te merken dat de eenvoudige justitiabelen waartoe ik mij reken van het OM verwachten dat hij de cassatierechter, als hoogste instantie belast met de wetstoepassing, op dit punt deugdelijk adviseert, ook indien de advocatuur (zoals wel vaker) het laat afweten.

De consequenties hiervan zijn des te ernstiger wanneer men bedenkt dat de Hoge Raad met het *Akzo*-arrest een belangrijke stap gezet heeft op het terrein van het verhalen van saneringskosten door de Staat op de vervuilende bedrijven wegens grootschalige

bodemverontreiniging in het verleden. Milieuvervuiling van een omvang die voor de gewone burger niet van milieucriminaliteit te onderscheiden is. Dat wil zeggen, een stap waarbij die mogelijkheden voor de Staat, geboden in de Wet Bodembescherming die na de voor de Staat desastreus verlopen procedures tegen Shell, Philips-Duphar en Fasson in 1994 door de wetgever op dat punt bijgesteld was, opnieuw ingeperkt werden.

De wetsgeschiedenis van de Wbb is een verhaal apart. Ook op dat gebied liet de Hoge Raad zich leiden door het advies van het OM, een zeer gekleurd advies, gegeven door een A-G die zelf in het verleden als bedrijfsjurist een groot aandeel had in de rumoerige tot standkoming van de wetswijziging. Hierbij gaat het vooral om de wijze waarop de Raad, op grond van de parlementaire geschiedenis zoals uiteengezet door zijn A-G, het begrip ‘ernstig verwijtbaar’ heeft uitgelegd. De vertaling met ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ is aantoonbaar een brug verder dan de wetgever bedoeld heeft; daarnaast is in de invulling van die begrippen met ‘willens en wetens’, c.q. ‘grove onverschilligheid ten aanzien van de gevolgen’ zeer aanvechtbaar in de context van de Wbb, evenals van het verbintenissenrecht in zijn verschillende onderdelen (contractenrecht, arbeidsrecht, e.d.).

Het is algemeen bekend dat de parlementaire geschiedenis van art. 75 Wbb ‘elck wat wils’ biedt. A-G Spier gaat in zijn conclusie wel erg ver om aan stemverklaringen (van VVD en CDA), nota bene uit de Eerste Kamer, doorslaggevend gewicht te kennen bij de uitleg van het artikel, daarmee uitspraken van de minister terzijde stellend. Nog wel van één partij (VVD) die *tegen* het wetsvoorstel gestemd had. Nu was de minister(s) niet altijd even gelukkig opgetreden; met name het volhouden dat ‘ernstig verwijtbaar’ hetzelfde was als ‘verwijtbaar’ was niet handig (de staat heeft dit punt ook lang volgehouden in procedures). Allereerst is op het eerste gezicht reeds niet waarschijnlijk dat dit het geval was, maar wanneer men weet dat dit de inzet van de Novelle was om de Eerste Kamer te apaiseren en het wetsontwerp te redden, is het tactisch een ongelukkige manoeuvre geweest, die alleen maar kwaad bloed gezet heeft en andere uitlatingen van de minister in een kwaad daglicht geplaatst heeft. Met het onfortuinlijke gevolg dat de zinvolle opmerkingen van de minister (van Justitie, Hirsch Ballin) in het gewoel verloren gingen (en dus ook niet in de conclusie van het OM voorkomen). Het is immers aantoonbaar onjuist om te stellen dat de regering ‘ernstig verwijtbaar’ gelijk gesteld heeft met ‘opzet of grove schuld’, hetgeen vervolgens in een moderner jargon door ‘bewuste roekeloosheid’ vervangen is (via het arbeidsrecht in art. 6:170, lid 3 BW gekomen, in 1992). Die slag had Wagemakers (CDA) immers al in een eerder ronde verloren, zijn stemverklaring in de Senaat in de laatste fase ten spijt. Een suggestie die hij eerder had gedaan werd namelijk door de minister verworpen. Het verwerpen van het amendement-Korthals (VVD), nr 9, in een eerdere fase is in dit verband eveneens een teken aan de wand.

Ik zal hier niet verder op deze materie ingaan.

## Conclusie

5. Met de bovenstaande bespreking van recente jurisprudentie waarbij de relativiteitsleer een centrale rol speelde heb ik proberen aan te tonen waarom de critici van die leer van voor de oorlog gelijk hadden dat zij ‘overbodig en onbruikbaar’ is. Aan de reeks van oude jurisprudentie, die niet alleen Wolfsbergen, maar ook Meijers, Scholten en Smit tot hun kritiek brachten, de ‘heel wat betreurenswaardige uitspraken’, zijn de laatste jaren weer enkele toegevoegd, met *Duwbak Linda* als hoogtepunt van treurigheid. Gelukkig lijkt aan die reeks een einde te komen, de Gasunie-zaak, en de verwante uitspraak in *Vie d’Or* stemmen hoopvol. Dat is ook goed nieuws voor het milieufrent, waar het leerstuk jaren lang goede sier gemaakt heeft aan de Kazernestraat in Den Haag, tot geruststelling van bedrijven met een oud zeer-probleem.

Ook al hanteert men deze ongelukkige leer, dan zou een juiste toepassing, die zo lang ontbroken heeft, tot minder ongelukken leiden. Dat vraagt niet alleen een nauwgezette studie

van de wetgeschiedenis bij toepassing van een wettelijke norm, maar ook om een kritische instelling. Als het daaraan ontbreekt, blijven wij met de brokken zitten. Uit de door mij gegeven analyse blijkt dat de advocatuur, en belangrijker nog, het OM en Hoge Raad op dit terrein wel een tandje zouden kunnen bijzetten om tegemoet te komen aan de kwaliteit die de justitiabelen van hen mogen verwachten.

De relativiteitsleer is in gang gezet door Van Geleijn Vitranga als raadsheer in de Hoge Raad met een arrest van 1928, na een publicatie van zijn hand uit 1919 waarbij hij de Duitse Schutznormtheorie in ons land introduceerde, helaas op verkeerde wijze. Een artikel dat dan ook geen goed vond in de ogen van de grote civilisten in die tijd, als Meijers en Scholten. Het zou een aardige kringloop van het recht zijn, wanneer diezelfde Hoge Raad deze leer naar zolder zou brengen. Het is zo wel mooi geweest. Dan krijgen wij eindelijk zicht op de rechtsvragen waar het hier in werkelijkheid om gaat: het toerekenen en toedelen van aansprakelijkheid voor schade in complexe situaties, in een gecompliceerde samenleving. De discussie daarover is nog maar nauwelijks begonnen. Het zou goed zijn wanneer onze hoogste rechter ook daaraan zou deelnemen, net zoals zijn Engelse, Duitse en Europese collega's dat al jaren doen, en dit in zijn oordelen tot uiting zou komen.

## **BIJLAGE: Overzicht Hinderwetgeving**

### Toelichting

De hinderwetgeving sinds 1952 is, zoals hierboven besproken, volkomen miskend door OM en Hoge Raad in de arresten van 1994, en vervolgens 2001 en 2002. De Hinderwet stond sinds 1960 al in het teken van de bescherming van het milieu, waarbij de *bodembescherming* uitdrukkelijk voorwerp van wetgeving was. Daartoe werd medio jaren '60 de Inspecteur van de Volksgezondheid aangewezen voor 'het toezicht op de hygiëne van het milieu'.

Zoals gezegd, alleen al op grond van de Hinderwet 1952 is het een raadsel hoe het OM, daarin gevolgd door de Hoge Raad, het jaar 1975 (nog wel 1 januari van dat jaar) heeft kunnen aanmerken als het tijdstip waarop de overheid zich het belang van het (bodem-) milieu ging aantrekken. Daar kan men nog aan toevoegen de eerder genoemde wetgeving op het gebied van bestrijdingsmiddelen sinds 1935, de Wet gevaarlijke stoffen 1963 (wetsontwerp van 1961), evenals belangrijke wetgeving op het gebied van waterverontreiniging, zoals de Wet verontreiniging Oppervlaktewateren uit 1969 (wetsontwerp van 1964).

Hierbij een overzicht van de kern van de Hinderwet.

### De Hinderwet 1952 en het vervolg daarop

#### 1. Inleiding

In de Hinderwet van 1952, die de Hinderwet 1875 vervangen heeft, zijn regels gesteld ter voorkoming van *gevaar, schade of hinder* door inrichtingen (vgl. art. 2). Het gaat daarbij om schade, gevaar of hinder *buiten* de inrichting; indien het om gevaar, schade of hinder *binnen* de inrichting gaat, zijn andere wetten van toepassing, in de eerste plaats de Veiligheidswet 1934, waarmee de Hinderwet een nauwe samenhang vertoont (er zijn veel verwijzingen naar de Arbeidsinspectie).<sup>24 25</sup> Inrichtingen kunnen zich ook in de *open ruimte* bevinden.

<sup>24</sup> Zie C. J. Nierstrasz, *De hinderwet*, 3<sup>e</sup> dr., 1960; J.N. Elenbaas, *Handboek voor de beoefening van het Nederlandsche Administratieve recht*, Deel IV, Hinderwet – veiligheidswet – Stoomwet, 5<sup>e</sup> dr., 1934, bewerkt

## 2. Het begrip ‘inrichtingen’

Wat onder een inrichting verstaan wordt vindt men in het Hinderbesluit (Besluit van 30 januari 1953 e.v.) neergelegd. Al in 1959 is bij KB bepaald dat het begrip ‘inrichting’ ruim uitgelegd moet worden:

‘Gelet op de geest en strekking van de wet, welke worden bepaald door het streven gevaar, schade of hinder van ernstige aard te weren, moet aan het begrip inrichting een zo ruim mogelijke betekenis worden toegekend. Vrijwel elke door de mens ondernomen bedrijvigheid, welke binnen een zekere begrenzing pleegt te worden verricht en daarbuiten gevaar, schade of hinder van ernstige aard kan veroorzaken, levert dan ook voldoende grond op om te spreken van een inrichting in de zin der Hinderwet’ (KB 25 nov.1959, *De Wijde Blik*; het terrein was open vaarwater; *S & J*, 1960, p.8).

De omschrijving van inrichtingen is voor ons onderwerp interessant; in art.1, sub V Hinderbesluit, ook door A-G Spier bij *Total* aangehaald, leest men:

V. Inrichtingen waar vloeistoffen waarvan het ontvlammingspunt, bepaald met het toestel van Abel-Pensky, bij een druk van 760 mm lager dan 55 gr. C is gelegen, worden verkregen of anders dan voor huishoudelijke doeleinden plegen te worden gebezigd of verwerkt, alsmede inrichtingen, bestemd tot bewaring van zodanige vloeistoffen.<sup>26</sup>

In 1967 werd als categorie IIIA toegevoegd: ‘Inrichtingen bestemd tot bewaring van ... of bestrijdingsmiddelen in de zin van de bestrijdingsmiddelenwet’ (Derde aanvulling der Hinderwet; vgl. *S & J*, p.101).

Van belang is ook Inrichting sub VIII:

VIII. Inrichtingen bestemd tot bewaring, bewerking of verwerking of vernietiging van afval, zoals oud papier, oude metalen, voor de sloop bestemde automobielen, glas, as, vuilnis, bagger, roet, bloed, beenderen, hoornen, lompen, huiden, vellen, mest en meststoffen; bloeddrogerijen; lijmfabrieken, destructie-inrichtingen. (*S & J*, p.60).

In de toelichting wordt opgemerkt, p. 63: ‘Aangezien de grenzen van hetgeen nog onder afval moet worden begrepen, ten gevolge van de steeds verder voortgezette bewerking daarvan, de neiging hebben te vervagen, is hier een uitgebreide opsomming van voorbeelden wenselijk.’

---

door A. Koelma. Dit gold overigens ook al voor de Hinderwet 1875. Ingevolge de Veiligheidswet kon bij Amvb voorgeschreven worden wat gedaan diende te worden, zoals: ‘g. tot het voorkomen van vergiftiging, besmetting of beroepsziekten’. Eveneens werd bepaald in welke gevallen eisen gesteld kunnen worden: ‘1°. ten aanzien van den tijd gedurende welchen personen mogen vertoeven in ruimten, waar hooge of lage temperaturen, schadelijke dampen, gassen of stof voorkomen of waar gevaar voor vergiftiging bestaat’, Elenbaas, p.18. De relatie met de oude Veiligheidswet werd al in 1896 gelegd, toen in de Hinderwet een aantal *bis*- en *ter*-artikelen opgenomen worden die de samenhang tussen beide wetten benadrukken. Zo kan een vergunning geweigerd worden wanneer de inrichting volgens het districtshoofd Arbeidsinspectie niet aan de eisen van art. 6 Veiligheidswet voldoet, aldus art. 11*bis* Hinderwet 1875.

<sup>25</sup> In de Hinderwet wordt ook naar andere wetgeving verwezen, soms nog in voorbereiding, die erop gericht is gevaren tegen te gaan als die welke in de Hinderwet voorkomen, bijv. de Grondwaterwet 1954. In 1959 zijn ‘ioniserende stralen’ als categorie XXIV Hinderbesluit opgenomen, in afwachting van wetgeving over gebruik van kernenergie, zie *S & J*, p.64. Het is derhalve geen toeval dat de Hinderwet uiteindelijk in de Wmb overgegaan is, enkele jaren geleden.

<sup>26</sup> Reeds in Hinderbesluit 1953-1959, zie *S & J*, 1960, p.60; Nierstrasz, p.167.

De Hoge Raad heeft in 1937, rechtspraak die in de jaren '60 nog steeds van belang is (zie daaromtrent de preambule: 'Algemeen', Bijlage bij de circulaire van de Minister van Soc. Zaken en Volksgezondheid van 27 april 1960, nr 717, *S & J*, p.84) bepaald dat het 'verwerken van afval' ruim uitgelegd moet worden. Het betrof storting van vuilnis ter ophoging van een terrein, met grond bedekt, te gebruiken als bouwgrond:

'dat immers, wanneer het afval, in combinatie met daarop gestorte aarde, wordt gebezigd tot ophoging van een terrein, waarbij, gelijk requirant zelf aanvoert, een verteringsproces wordt teweeggebracht, deze afval wel degelijk wordt verwerkt, daargelaten nog, dat, naar 's Hogen Raads oordeel, zulks ook het geval zoude geweest zijn, indien geen verteringsproces zoude plaats vinden' (het terrein werd beschouwd als inrichting tot verwerking van afval). HR 1 mrt 1937, *AB*, p.980; *S & J*, p.64 v.

Hieruit kan de conclusie getrokken worden dat de HCH-berg onder categorie VIII valt, als (open) afvalverwerkende inrichting; het afvoeren van grond die HCH bevatte, althans daarmee vervuild was, was derhalve Hinderwet-plichtig, als *afval*.

### 3. De categorieën 'inrichting' volgens het Hinderbesluit

In de eerder genoemde Bijlage bij circulaire 27 april 1960, *S & J*, p.84 v., vindt men de *Brandbare vloeistoffen* behandeld (p.90 v.) Dat gebeurt naar aanleiding van art.1, sub V, Hinderbesluit. Hiernaar werd door a-g Spier verwezen in zijn concl. voor *Total* (nr 5.24). Na een omschrijving van de vloeistoffen met een ontvlammingspunt bepaald met toestel van Abel-Pensky, etc., wordt gesteld:

'Aangezien vele landbouwers vloeistoffen als hier bedoeld (tractorpetroleum, benzine) in voorraad hebben kan bij het verlenen van een hinderwetvergunning voor een bewaarplaats van deze meestal kleine hoeveelheden nabij de gebouwen van een boerderij, al naar gelang de plaatselijke omstandigheden, een of meer der volgende voorwaarden worden gesteld: ....

Daarna volgen 5 aanbevolen voorwaarden die gesteld kunnen worden. Hiervan betreft de 1<sup>e</sup> de beperking tot ten hoogste 3 vaten van 200 l.; de voorwaarden 2, 4 en 5 hebben betrekking op brandgevaarlijkheid. Voorwaarde 3 is echter voor ons onderwerp van groot belang:

3. De vaten moeten geborgen zijn, hetzij in een in de grond gegraven kuil, hetzij in een ruimte, die omgeven is door een waterdichte dam of een greppel, welke kuil, ruimte of greppel alle daarin geborgen vloeistof kan bevatten. De bodem van de greppel moet zich boven het grondwater bevinden.

Deze voorwaarde, uit 1960, is onmiskenbaar gericht op het voorkomen van *aan de bodem toegebrachte milieuschade*: waterdichte dam of greppel; bodem boven het grondwater. Grotere hoeveelheden moeten in *ondergrondse tanks* opgeslagen worden.<sup>27</sup>

Onder het kopje 'Vuilnisstortplaatsen e.d.', wordt in de circulaire van 1960 ingegaan op categorie VIII-inrichtingen, van belang voor de Akzo-zaak (p.96). Daar staat:

'Het is gewenst, dat de betrokken Farmaceutische Inspecteur van de Volksgezondheid kennis krijgt van elk verzoek om vergunning als bedoeld in artikel 1, sub VIII, van het Hinderbesluit. In verband daarmee verzoek ik u elke aanvraag voor een zodanige inrichting met de daarop betrekking hebbende beschrijving en tekening(en) aan de desbetreffende inspecteur voor te leggen.'

<sup>27</sup> In dezelfde tijd wordt door de wetgever aandacht besteed aan milieuschade toegebracht aan de bodem in de Bestrijdingsmiddelenwet 1962 (ingediend in 1960), ter vervanging van de wet van 1947.

De relatie met volksgezondheid wordt duidelijk gelegd, via de Inspecteur van de Volksgezondheid. In enkele circulaire's die volgen wordt die figuur nader omschreven. In de circulaire van 13 sept. 1965, 'inzake aanpak luchtverontreiniging' is sprake van het zenden van afschriften van verzoeken om vergunning (oprichten, uitbreiden, en wijzigen) aan de 'inspecteur van de volksgezondheid, belast met het toezicht op de hygiëne van het milieu voor het gebied waar uw gemeente is gelegen' (*S & J*, 1969, p.72). Dezelfde omschrijving staat in de circulaire van 1 dec. 1966, inzake meldingsplicht bedrijfsstoornissen (idem, p.78).

In de circulaire van 7 juni 1967, inzake wijziging van het Hinderbesluit, wordt opgemerkt dat deze functionaris, met dezelfde omschrijving, aangewezen is als adviseur met betrekking tot de in art. 1, sub VIII Hinderbesluit vermelde inrichtingen; de Hinderwetaanvragen dienen aan hem te worden toegezonden. Daarmee is het in de bijlage van circulaire 27 april 1960 genoemde verzoek komen te vervallen, evenals dat opgenomen in circulaire van 13 sept. 1965 inzake luchtverontreiniging - beide hierboven al genoemd (idem, p.79).

Daarmee is duidelijk dat in het kader van de Hinderwet medio jaren '60 het milieu pontificaal op de kaart gezet is, in vrijwel al zijn aspecten, te land, te water en in de lucht.

In de Akzo-zaak is nog van belang dat het houden van een HCH-afvalberg een *uitbreiding van de inrichting* betekent, hetgeen tot een nieuwe Hinderwet-vergunningsaanvraag had moeten leiden, ingevolge art. 14 Hinderwet, zie Elenbaas, p.62:

1<sup>e</sup>. wanneer de inrichting wordt *uitgebreid* of op andere wijze van *bewerking*, welke *verandering* van de aard der inrichting ten gevolge heeft, zal worden ingevoerd.

Het gaat hier om een aanvullingsvergunning, stelt Elenbaas; die aanvraag moet op zichzelf worden beoordeeld, los van de eerdere vergunning (p.63). Zoals gezegd kan een 'inrichting' in de open ruimte zijn, zoals in casu het geval was met de HCH-berg.

Indien mijn veronderstelling juist is, heeft Akzo ook op dit punt onrechtmatig gehandeld, immers in strijd met de Hinderwet. Ik ben in het dossier alleen de vermelding van de Hinderwetvergunning van Akzo uit 1969 tegengekomen (de inhoud daarvan ken ik niet). In de schriftelijke toelichting van de raadsman van Akzo in cassatie ben ik dit onderwerp evenmin tegengekomen.

De reeds genoemde Derde aanvulling Hinderwet van 30 juni 1967 (*S & J*, p.101 v.), wijzigingen Hinderbesluit 1 mrt 1967, is ook van belang voor een aanvulling op categorie VIII, afval, namelijk:

'a. een opgave van de maatregelen die de verzoeker denkt te nemen ter voorkoming of beperking van luchtverontreiniging' (p.102, sub 3).

Op het Akzo-terrein was HCH vrijgekomen via de schoorsteen en via verstuiving (vgl. nog onder). Via deze bepaling viel dat onder de werking van de Hinderwet.

#### 4. Luchtverontreiniging

Het probleem van hinder in de vorm van luchtverontreiniging komt ook al voor in de reeds genoemde circulaire 13 sept. 1965, 'inzake 'aanpak luchtverontreiniging', zie *S & J*, 1969, p.71. In de eerste alinea wordt als 'een van de belangrijkste problemen, welke in ons land de steeds voortschrijdende industrialisatie doet rijzen' genoemd: de 'toenemende luchtverontreiniging'.

‘Getracht moet worden de lucht zo rein mogelijk te houden. Er dient daarom gestreefd te worden bij vestiging van nieuwe industrieën luchtverontreiniging zoveel mogelijk te voorkomen. Daarnaast is het uitermate belangrijk eventuele luchtverontreiniging van reeds bestaande bedrijven te verminderen’.

Vervolgens worden onder *a*, *b* en *c* instructies gegeven, onder meer om uitbreidingsaanvragen te bevorderen, en aanvullende ‘stringente voorwaarden’ op te leggen, waarbij volgens de staatssecretaris ‘reeds vrij spoedig kan worden aangenomen dat “de ondervinding de noodzakelijkheid daarvan heeft aangetoond”’.

Verder is voor ons onderwerp de figuur van *bedrijfsstoornissen* van belang, waaraan de circulaire van 1 dec. 1966, gewijd is, ‘inzake meldingsplicht bedrijfsstoornissen’ (*S & J*, 1969, p.77). De eerste twee alinea’s zijn veelbetekenend:

‘De laatste tijd hebben zich in een aantal bedrijven stoornissen voorgedaan waardoor giftige stoffen buiten die bedrijven zijn gekomen, tengevolge waarvan dieren zijn gestorven en landbouwgewassen zijn besmet. Persoonlijke ongevallen hebben zich gelukkig niet voorgedaan. De kans echter dat ook omwonenden het slachtoffer van de bedrijfsstoornissen kunnen worden was in bedoelde gevallen zeker aanwezig.

Indien bedoelde bedrijven deze stoornissen direct hadden gemeld, had de overheid op korte termijn maatregelen kunnen nemen om de schadelijke gevolgen voor mens, dier en gewas te voorkomen of te beperken’.

Uit de zinsnede: ‘schadelijke gevolgen voor mens, dier en gewas’, en eerder de verwijzing naar het sterven van dieren en besmetting van landbouwgewassen, blijkt zonder meer dat de Staatssecretaris *bodemverontreiniging* op het oog heeft. Immers, door de bodemverontreiniging komen giftige stoffen in het ecosysteem, zoals het gras dat door vee gegeten wordt. Die bodemverontreiniging kan via het grondwater (Total-zaak), via de lucht (schoorsteen, verstuiving: de Akzo-zaak), of tenslotte via grondverplaatsing gebeuren (eveneens Akzo-zaak). Anno 1966 (zie ook eerder genoemde circulaire van 1965 inzake luchtverontreiniging) heeft de staatssecretaris dus de aandacht gevestigd op het tegengaan van bodemverontreiniging met giftige stoffen, in het kader van de Hinderwet.

De Staatssecretaris acht het gewenst dat voorwaarden te dier zake aan de Hinderwetvergunning worden toegevoegd, en geeft daartoe het volgende model:

‘ Indien zich een onvoorziene gebeurtenis zoals een bedrijfsstoornis heeft voorgedaan of zich voordoet, waardoor giftige stoffen buiten de inrichting zijn gekomen dan wel kunnen komen, moeten onmiddellijk maatregelen worden getroffen om aan dat gevaar een einde te maken. Van een en ander moet terstond kennis worden gegeven aan ... (hier invullen de gemeentelijke instantie aan wie gemeld moet worden). Het toezichthoudend personeel dient hieromtrent geïnstrueerd te zijn.’

