

Alternatieven bij het vorderen van milieuschade: inbreuk op eigendomsrecht en afdracht van verkregen voordeel van onrechtmatig handelen, bij verontreiniging van rivieren, bijvoorbeeld.

Jan van Dunné

I. Inleiding

De uitnodiging om een bijdrage te leveren aan deze bundel voor collega Bocken leidt tot het type beslissingen waarover men niet lang hoeft na te denken. Ik ken Hubert Bocken al sinds de jaren tachtig toen onze wegen elkaar kruisten op het nog prille rechtsgebied van de milieuaansprakelijkheid. Bij de oprichting van het *Tijdschrift voor Milieuaansprakelijkheid (TMA)* in 1987 maakte mijn Gentse collega deel uit van de Raad van Advies, later gevolgd door een redactielidmaatschap. De laatste jaren, toen zijn eigen redactionele werkzaamheden steeds meer toegenomen waren voor een zusterijdschrift van Belgische bodem, keerde Hubert weer terug in onze adviesraad. Aan congressen gehouden door ons Instituut voor Milieuschade aan de Erasmus Universiteit Rotterdam werd door hem actief deelgenomen; in de congresbundel *Environmental Contracts and Covenants* uit 1993, indertijd een nieuwe rechtsfiguur in Milieuland, verscheen een bijdrage van zijn hand over convenanten naar Belgisch recht.¹ Wij gaven beiden een keuzevak Milieuaansprakelijkheid en gedurende een aantal jaren bezochten wij met onze studenten elkaar in ieders steden, in een programma waarin niet alleen de ontwikkelingen op het vakgebied belicht werden, over de grenzen heen, maar ook een tocht door de havens van Rotterdam, respectievelijk Gent, een vast onderdeel vormde (met goed gedekte tafels, herinner ik mij). Over en weer namen wij zitting in promotiecommissies van promovendi die tot de bloei van het civiele milieurecht bijgedragen hebben. Ik bewaar daar bijzondere herinneringen aan.

Bij de keuze van een onderwerp voor dit *Liber Amicorum*, in de eigenlijke zin van het woord, was voor mij al direct duidelijk dat dit op het terrein van de milieuaansprakelijkheid zou liggen. Ik had aanvankelijk gedacht aan de problematiek van verjaring bij milieuschade die in het verre verleden veroorzaakt en gekenmerkt door een slapende schade die eerst decennia later aan het licht treedt. Bij nader inzien leek mij dat een minder gelukkig onderwerp: vriendschap verjaart immers niet. Ook geldt dat bij een afscheid als hoogleraar het fenomeen van jaren die gaan tellen evenmin gelukkige associaties zal oproepen. Iets anders dus. Nu worden zowel België als Nederland doorsneden door grote rivieren en kanalen, die per definitie vervuild zijn met stoffen die er niet in thuishoren, en bovendien van elders aangevoerd zijn omdat de stromen grenzen overschrijden. Ik noem slechts de Schelde en de Maas, waterwegen die onze beide landen met elkaar verbinden. De aansprakelijkheid voor de vervuiling van die wateren is een bekend thema; de vervuiling van de Maas met pesticiden afkomstig uit de landbouw en stedelijke groen is een onderwerp waaraan de Gemeente

¹ *Environmental Contracts and Covenants: New Instruments for a Realistic Environmental Policy?*, Jan M. van Dunné, Ed., Vermande, Lelystad, 1993. Waarin: Hubert Bocken, 'Covenants in Belgian Environmental Law. Remarks on the Draft Decree on Environmental Covenants', p.57.

Rotterdam een groot project gewijd heeft, waarbij ons Instituut voor Milieuschade betrokken was.² De vervuiling van de Rijn was echter voor Rotterdam een veel groter probleem en het thema van een eerder onderzoeksproject: de gemeente Rotterdam heeft begin jaren negentig de verontreiniging van de Rijn met zware metalen een halt kunnen toeroepen door met de belangrijkste industrieën in de Rijnsoeverstaten convenanten te sluiten over de reductie van lozingen. Daar wilde ik het niet over hebben, ondanks het succes van die benadering. Ik wil aandacht geven aan een recente ontwikkeling in een procedure die Rotterdam gevoerd heeft tegen de Franse Kalimijnen, MDPA, over de lozing in de Rijn van verontreinigde afvalstoffen (klei) in de Elzas. De Rechtbank Rotterdam heeft daarover op 17 december 2008 uitspraak gedaan, op een wijze die veel vragen oproept. Vragen die niet alleen van belang zijn voor de milieuaansprakelijkheid, met name bij vervuiling van oppervlaktewater, maar ook voor aansprakelijkheidsvragen bij complexe causaliteit en vaststelling van schadeomvang in het algemeen.

Bij het zoeken naar oplossingen voor het vinden van verhaal voor gecompliceerde (milieu)schade zou ik aandacht willen geven aan de figuur van inbreuk op eigendom, een afzonderlijke categorie in de jurisprudentie van de Hoge Raad over onrechtmatig daad van de laatste decennia, met name in burennrechtelijke context. Nadat het toegepast was op het gebied van het opruimen van wrakken in openbaar vaarwater in 1994, met het arrest *August de Meijer* (inzake een kraan die in een storm overboord geslagen was, en 23 jaar na dato geborgen werd door de Staat), heeft dit in 2002 een interessant vervolg gekregen in een zaak waarbij een container met giftige inhoud verloren gegaan was in territoriale wateren, in: *Staat – Kuwait Marine Transport en ABN-Amro*. Die jurisprudentielijn biedt goede perspectieven voor ons onderwerp.

Het Belgische recht kent vanouds een vergelijkbare rechtsfiguur die bij aantasting van een belendend perceel goede diensten bewijst, het burennrecht met zijn *troubles de voisinage*.³ Een onderwerp dat altijd al de aandacht van Hubert Bocken gehad heeft.⁴ De grote broer, Frankrijk, heeft hier zijn invloed doen gelden, een invloed die in Nederland helaas verloren is gegaan, en wel toen in 1919 de ruime leer van onrechtmatig daad aanvaard werd in de rechtspraak. De risicoleer op dat terrein is ons recht vrijwel voorbijgegaan, en vergeten bij de hercodificatie van 1992 – ondanks de ruime voorbereidingstijd die er was – maar wij kunnen onze burenn een product van eigen bodem laten zien met de moderne toepassing van inbreuk op een subjectief recht, de eigendom. Het gerecht is wel niet zo lekker als de hopspreuten die ik mij uit het Gentse herinner, maar het kan er dacht ik mee door.

Tenslotte wordt ook een blik geworpen op de figuur van afdracht van verkregen voordeel uit onrechtmatige daad, die in het nieuwe Burgerlijk Wetboek als art. 6:104 BW opgenomen werd, waaraan jurisprudentie is vooraf gegaan. De mogelijkheid wordt onderzocht om daarvan gebruik te maken bij het hier behandelde type milieuschade.

Wij gaan aan de slag, en kijken eerst over de Rijn uit, de zoete verlokkingen van Lorelei trotserend.

² Zie: *Non-Point Source River Pollution: The Case of the River Meuse. Technical, Legal, Economic and Political Aspects*, Jan M. van Dunné Ed., Kluwer Law International, 1996. Hierin mijn artikel over vervuiling van de Maas, als ‘A Comparative Analysis of Issues of Liability in Tort and Multiple Causation’, p.39.

³ Vgl. art. 544 Belgisch BW. Zie ook toepassingen door de Belgische hoogste rechter in 1973, Rb. Turnhout in 1985, Rb. Hoei in 1986, en andere rechtspraak, besproken in mijn bijdrage aan: *The Scarcity of Water. Emerging Legal and Policy Response*, Edward H.P. Brans et al. Ed.’s, Kluwer Law International, 1996, p.196, op p. 206 e.v.

⁴ Zie zijn boek: *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, 1979, p.270.

II. *Warum ist es am Rhein so schön? De Nederlandse procedures met betrekking tot lozingen van zout en klei in de Rijn door de Franse Kalimijnen, MDPA. Pourquoi, au bord du Rhin c'est si joli?*

1. Het Franse Kalimijnen-arrest van 1988

In ons recht, met name het milieurecht, zijn de Kalimijnen in de Elzas een begrip geworden. De grootschalige zoutlozingen in de Rijn die in de jaren zeventig voor de Stichting Reinwater de aanleiding waren om een procedure te beginnen die als een van de eerste milieuacties grote bekendheid zou krijgen, leidde na 14 jaar procederen, inmiddels met Westlandse tuinders als eisers, tot een arrest van de Hoge Raad dat ook internationaal de aandacht getrokken heeft.⁵ De Mines de Potasse d'Alsace, MDPA, zoals de Kalimijnen eigenlijk heten, is een staatsbedrijf in de Elzas dat al jaar en dag bij de productie van kunstmest grote hoeveelheden afvalstoffen, zouthoudend klei die bij de winning van potassium vrij kwam in de Rijn placht te storten. Het ging daarbij om onvoorstelbaar grote hoeveelheden zout; in piekjaren werd 9 miljoen ton zout door MDPA in de Rijn gekieperd (40% van de totale zoutbelasting van de rivier). Na 1987 werd dat, met inachtneming van het Bonner Zoutverdrag, teruggebracht tot 10.000 ton per dag. Tot 1978 werd het zout door MDPA in de diepe ondergrond geïnjecteerd, hetgeen na protest van de Elzasser bevolking stopgezet werd, en toen werd de afvoer via de Rijn het alternatief. Met het arrest van 1988 werd de aansprakelijkheid voor grensoverschrijdende milieuverontreiniging op de kaart gezet. In het tijdschrift *TMA*, waarvan zoals gezegd Hubert Bocken vele jaren een gewaardeerd adviesraad- en redactielid was, werd van begin af aan ruim aandacht geschonken aan die procedure, ook door de huidige auteur.

De norm die de hoogste civiele rechter in 1988 had gesteld voor aansprakelijkheid voor (grensoverschrijdende) vervuiling van rivierwater is te vinden in overweging 3.3.2 van het arrest:

‘Bij de beoordeling van onderdeel 1 dient uitgangspunt te zijn dat het antwoord op de vraag of degene die stoffen loost in een rivier in strijd handelt met de zorgvuldigheid die hem betaamt jegens degenen die benedenstrooms van het rivierwater gebruik maken afhangt van de aard, de ernst en de duur van de aan deze laatste toegebrachte schade en de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer moet rekening worden gehouden enerzijds met de aard en het gewicht van de door de lozingen gediende belangen en anderzijds met de door het benedenstroomse gebruik gediende belangen, alsmede met de mate waarin het gebruik benedenstrooms gevoelig is voor de geloosde stoffen. Bedacht dient hierbij te worden dat bij de weging van deze wederzijdse belangen aan de belangen van de benedenstroomse gebruiker in zoverre een bijzonder gewicht toekomt dat deze in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild’.

Een belangrijk element is hier de vraag naar de betekenis van ‘bovenmatige vervuiling’ en ‘omvangrijke lozingen’ in de zin van dit arrest. Het hof had, volgens de Raad, gesproken van ‘van betekenis zijnde schade’, hetgeen het hof in navolging deed van de Rechtbank Rotterdam, die ook sprak van een ‘beduidende omvang’ van de schade als gevolg van lozing (ov. 8.6 eindvonnis). Wat moeten wij ons hierbij voorstellen? Hierboven werd al aangegeven dat het hier om omvangrijke lozingen van chloriden in het Rijnwater gaat; na de reductie in 1987 nog zo’n 10.000 ton per dag. Men moet echter niet uit het oog verliezen dat het aandeel van MDPA in de verzilting van het boezemwater in het Westland, waaruit de kwekers hun water voor besproeiing onttrekken vastgesteld was op 14,5 tot 17% voor het Delfland en 8,8%

⁵ HR 23 sept. 1988, *NJ* 1989, 743, nt JHN/JCS, *Mines de Potasse d'Alsace – Bier, Strik en Valstar*; *TMA* 1989, p.12, nt Van Dunné; *AA* 1990, p.874, nt Kortmann; *Kwart.Ber. NBW* 1989, nt Kuiper/Van Maanen; Hof Den Haag 10 sept. 1986, *TMA* 1987, p.15, nt J. van der Meer (in de eerste aflevering van *TMA*); Rb. Rotterdam 8 jan. 1979, *NJ* 1979, 113; *AA* 1980, p.788, nt Jessurun d'Oliveira; Rb. Rotterdam 16 dec. 1983, *NJ* 1984, 341. Vgl. ook Hof vJ EG 30 nov. 1976. MDPA heeft tenslotte in een schikking na het arrest van 1988 aan eisers 11 mln francs betaald.

voor Schieland. De rest van de verzilting ter plaatse werd door de overige lozers en vooral door het oprukkende zeewater veroorzaakt ('zoute tong en kwel'). De rechtbank sprak dan ook van een 'relatief gering aandeel' van de Kalimijnen in de totale zoutbelasting van het water. Men moet de omschrijving van de Hoge Raad, als zou het hier een 'omvangrijke lozing' betreffen (inleidende overweging 3.3.2, in fine) dus met een korrel zout nemen. In ov. 3.5.1 spreekt de Raad trouwens van 'de niet verwaarloosbaar kleine (zout)belasting als gevolg van de voortdurende onrechtmatige lozingen door MDPA'.

Overigens, het probleem van de zoutlozingen was nog niet opgelost met de uitspraak van de Hoge Raad. De Kalimijnen hebben in die tijd behalve aan de tuinders ook nog aan andere instanties betalingen gedaan die schade ondervonden van het zout. Toch is er daarna nog doorgeprocedeerd, door de Provincie Noord-Holland en de Gemeente Amsterdam, voor de Franse bestuursrechter.⁶ Dat was wederom een langdurige procedure; in 2000 heeft de Rechtbank Straatsburg een uitspraak gedaan, waarbij eisers een bedrag van ruim 4 mln francs toegewezen werd. In appel werd het vonnis vernietigd door het Hof Nancy, omdat causaal verband zou ontbreken (sic!). Ondanks een andersluidende conclusie van het OM werd dat arrest door de Conseil d'Etat in 2004 bevestigd.⁷

2. De procedure van de Gemeente Rotterdam tegen de Franse Kalimijnen

Het is niet algemeen bekend dat de Gemeente Rotterdam in 1990 ook een procedure begonnen is tegen de Kalimijnen, niet over het zout, maar over de *klei* die met het zout (in nog grotere hoeveelheden) geloosd wordt en uiteindelijk voor een gedeelte in de havens van Rotterdam bezinkt. Dat sediment is ernstig vervuild, want de kleideeltjes die in suspensie met het Rijnwater meegevoerd worden passeren grote industriegebieden, zoals het Ruhrgebied, waar zich allerhande giftige stoffen (zwarte metalen) aan die deeltjes hechten. Bij de baggerwerkzaamheden, die continue uitgevoerd moeten worden om de havens op diepte te houden, levert het Kalimijnenslib ook een milieuprobleem op: naast de extra baggerkosten ontstaan milieukosten vanwege de opslag van het vervuilde slib (deponie in de Slufter, een enorm basin voor opslag van toxisch slib voor de kust aangelegd).

Kort geleden, op 17 december 2008, heeft de Rechtbank Rotterdam eindvonnis gewezen in deze zaak, dat wil dus zeggen, na achttien jaar procederen (het tussenvonnis dateert van 1999).⁸ Het record van de procedure van de Westlandse tuinders is dus ruim gebroken, nog afgezien van het feit dat wij alleen nog maar een uitspraak in eerste instantie hebben. Het is allereerst de vraag hoe het *Kalimijnen*-arrest van 1988 toegepast is door de rechter. In het tussenvonnis van 15 april 1999 werd de grondslag van de vordering van de Gemeente Rotterdam in beginsel aanvaard, in tegenstelling tot het eindvonnis van vorig jaar.⁹ Terug naar het Rotterdamse probleem met de kleilozingen in de Elzas. Aanvankelijk was, zoals gezegd,

⁶ Die procesweg werd eerder gevolgd door 10 Nederlandse eisers: behalve de provincie Noord-Holland en Gem. Amsterdam, de Stichting Reinwater en een aantal waterleidingbedrijven. De procedure, in 1981 begonnen, leidde in 1986 tot een gunstige uitspraak van het Conseil d'Etat; zie E.H. Hulst, *TMA* 1987, p.92.

⁷ Tribunal administratif de Strasbourg 11 april 2000; Cour d'Appel Nancy 21 mrt 2005; Conseil d'Etat 26 juli 2007. Met dank aan Me Christian Huglo, advocaat te Parijs, voor deze informatie. Huglo trad op als advocaat voor de Nederlandse eisers.

⁸ Rb. Rotterdam 17 dec. 2008, *TMA* 2009, p.35. Het vonnis werd door mij besproken in een artikel in hetzelfde nummer: 'De Franse Kalimijnen *revisited*: aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. De Rechtbank Rotterdam zet de klok terug bij grensoverschrijdende watervervuiling (Deel I)', p.15.

⁹ In het tussenvonnis werd het deskundigenbericht ontoereikend geacht en een nieuw deskundigenbericht gelast, terwijl Rotterdam een bewijsopdracht op een aantal punten gegeven werd (o.m. de eigendom van de havens). In die fase van de procedure heb ik de gemeente geadviseerd. Ik was eerlijk gezegd deze zaak langzamerhand uit het oog verloren. In het tweede deskundigenbericht werd van een aanzienlijk lagere bijdrage van MDPA aan het slibsediment in de havens uitgegaan.

het milieuprobleem de aanleiding om tegen de kleilozingen door MDPA op te treden. Dat gebeurde in het kader van de vervuiling van de Rijn door zware metalen in een grootschalig project door Rotterdam in 1987 begonnen, waarbij de industrie in de Rijnsoeverstaten betrokken werd. Dit heeft begin jaren negentig geleid tot een aantal convenanten die met de industrie in Zwitserland, Frankrijk en Duitsland gesloten zijn waarin de bedrijven de verplichting op zich genomen hebben om de lozingen geleidelijk te reduceren, over een periode van tien tot twintig jaar.¹⁰ Die convenanten zijn een groot succes geworden, een voorbeeld hoe een milieuprobleem opgelost kan worden zonder dat procedures gevoerd moeten worden.¹¹ De Kalimijnen weigerden echter mee te doen met de convenanten en tenslotte zat er voor Rotterdam niets anders op dan tot procederen over te gaan.

In de beginfase van het proces heeft MDPA echter een slimme zet gedaan: zij heeft een tiental bedrijven in Rijnsoeverstaten, grote lozers van giftige stoffen, in vrijwaring opgeroepen als veroorzakers van de vervuiling van de kleideeltjes die met het Rijnwater meegevoerd worden. Het vrijwaringsincident werd met het kennelijke oogmerk ondernomen om de vordering van Rotterdam te frustreren. Rotterdam had namelijk in de convenanten met de in vrijwaring opgeroepen bedrijven toegezegd dat zij geen schadeverhaalsprocedure te duchten hadden zolang zij het convenant te goeder trouw uitvoerden. MDPA mocht daarom ervan uitgaan dat de bedrijven eenmaal in vrijwaring opgeroepen, de nodige juridische zwaarigheden in de richting van Rotterdam zouden ontketenen, met complicatie en vertraging van de procedure tegen MDPA tot gevolg. Alleen al om die reden was Rotterdam genoodzaakt om afstand te doen van het milieuvervuilingselement in de MDPA-lozingen in de procedure.

Eerst na een uitspraak van de Hoge Raad in 1995 met betrekking tot het vrijwaringsincident kon de procedure van Rotterdam voortgezet worden.¹² Rotterdam vorderde aanvankelijk van de Kalimijnen een bedrag van ca. 27 mln gulden als schadevergoeding voor de overlast veroorzaakt door de sliblozingen in de Elzas sinds 1961. Na het tweede deskundigenbericht (van 2007) heeft Rotterdam haar vordering aanzienlijk verminderd, tot ca. 4,6 mln euro. De vordering was gebaseerd op onrechtmatige daad, kort gezegd, wegens hinder en inbreuk op eigendom, schending van normen van burennrecht en volkenrecht. Het verweer van MDPA was, kort gezegd, dat de slibafzetting in Rotterdamse havens zulke minieme hoeveelheden betrof dat geen sprake was van onrechtmatig handelen door MDPA.¹³

Een vraag die zich direct opdringt is waarom deze procedure zo ontzettend lang heeft moeten duren, evenals trouwens de zoutprocedures. Voor beide typen geschillen geldt dat het vaststellen van de schade, de omstandigheden waaronder de schade toegebracht wordt, bijzonder gecompliceerd is. Zowel bij het lozen van klei als van zout is de invloed van andere,

¹⁰ Zie voor dit onderwerp: *Environmental Contracts and Covenants: New Instruments for a Realistic Environmental Policy?*, J.M. van Dunné, Ed., Kon. Vermande, 1993. En voor het Rijn-project van Rotterdam: *Transboundary Pollution and Liability: the Case of the River Rhine*, J.M. van Dunné, Ed., Kon. Vermande, 1991. Beide boeken zijn de Proceedings van internationale congressen over deze onderwerpen.

¹¹ Het Instituut voor Milieuschade, EUR, heeft indertijd het juridisch onderzoek voor het Rijn-project uitgevoerd.

¹² HR 28 april 1995. Zie ook nog onder, met betrekking tot de gevolgen van het vrijwaringsincident voor de aansprakelijkheidsvraag (het zgn. 'schone' slib dat voortaan in het geding was).

¹³ In mijn artikel in *TMA* van 2009 werd ingegaan op de vraag of de Rechtbank Rotterdam in haar eindvonnis een juiste toepassing heeft gegeven aan het *Franse Kalimijnen*-arrest van 1988, en de jurisprudentie van aansprakelijkheidsrecht in het algemeen (zie voor dat arrest: mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2*, 5^e dr., 2004, Kluwer, pp.237 e.v.; 705 e.v.). Ook is van belang of het eindvonnis wel in overeenstemming is met het tussenvonnis van 1999. Anders gezegd, of de nieuwe informatie ontleend aan het tweede deskundigenbericht een rechtvaardiging kan vormen voor een uitspraak die tegengesteld is aan het tussenvonnis. Daarbij doet zich nog de procesrechtelijke vraag voor of het eindvonnis niet een verrassingsbeslissing is, waarop eiseres zich niet, althans onvoldoende, heeft kunnen voorbereiden. Bij het schrijven van dit opstel is overigens nog niet duidelijk of Rotterdam daadwerkelijk in appel zal gaan van het vonnis.

natuurlijke bronnen heel groot: allereerst de Noordzee, en daarnaast de bijdragen van andere lozers op de Rijn. Voor klei is ook nog de aanvoer van die stof met het rivierwater als gevolg van erosie zeer groot, terwijl er ook nog vele zijrivieren en andere rivieren zijn die uiteindelijk water langs de Rotterdamse havens voeren. De stuwen die in de Rijn werden aangelegd zijn daarentegen factoren waardoor het kleitransport uit de Elzas verminderd wordt.¹⁴

De wijze waarop de Westlandse tuinders destijds de verzilting van het boezemwater bestreden, de toepassing van het water op hun gewassen, de gevoeligheid van die gewassen, vormden tezamen een ingewikkelde materie. De gang van zaken in de Rotterdamse havens, de omgang met het ‘baggerbezwaar’ in de praktijk, de omvang, kosten, beheersvragen, eigendomsvragen, e.d. zijn onderwerpen die ook gecompliceerd gebleken zijn, en daarmee tijdrovend.

De causaliteitsvraag was in de zoutprocedures vrij eenvoudig, omdat de zoutconcentratie in water niet moeilijk vast te stellen is, en een lineair verband aangenomen werd tussen lozingen en plaats van de schade, het boezemwater in het Westland. Bij de kleilozingen ligt dat geheel anders; het in kaart brengen van rivierwaterstromen over een afstand van honderden kilometers, met de invloed van zijrivieren, samengaan met andere grote rivieren, talloze stuwen in Frankrijk en Duitsland, en eb en vloed-werking van de Noordzee, en het gedrag van slib in suspensie vragen om een wiskundige en statistische aanpak van hoog niveau. Daar zijn in de loop der jaren twee commissies met Delftse hoogleraren aan te pas gekomen. Overigens zijn in de zoutprocedure van de Westlandse tuinders ook internationale geleerden ingeschakeld voor een deskundigenbericht. De uitspraken van deskundigen over de kleilozingen doen vanwege hun statistische karakter een groot beroep op de wiskunde-knobbel van juristen, rechters en advocaten, die daar niet erg om bekend staan. Op dit gebied is veel fout gegaan, met name in de fase van het Rotterdamse eindvonnis. Kansberekening staat al enige tijd op de kaart in aansprakelijkheidsland bij de vaststelling van causaal verband en berekening van de schadeomvang, maar het lijkt nog steeds vrijwel *terra incognita* te zijn buiten de langzamerhand meer gebaande paden van inkomstenderving door arbeidsongeschiktheid of gederfde omzet van bedrijven als gevolg van onrechtmatig daad.¹⁵

3. De Rotterdamse procedure tegen de Kalimijnen nader beschouwd

Tot welk oordeel is de Rotterdamse rechtbank gekomen in de procedure tegen de MDPA? In het tussenvonnis van 15 april 1999 is de kernoverweging van de Rotterdamse rechtbank met betrekking tot de aansprakelijkheid van de Kalimijnen voor schade veroorzaakt door de kleilozingen als volgt:

‘Het enkele gegeven dat MDPA aanzienlijke hoeveelheden kleideeltjes in suspensie – via het Grand Canal – loost op de Rijn is niet voldoende om te kunnen concluderen dat zij daarmee onrechtmatig handelt jegens Rotterdam, ook niet als een redelijk begaafd mens kan begrijpen dat die kleideeltjes worden meegenomen door het water en dus vermoedelijk ten dele sedimenteren in de havens van Rotterdam.

In beginsel heeft een benedenstroomse gebruiker van een rivier een zekere overlast te dulden; daarbij is echter de aard, de ernst en de duur van de daardoor veroorzaakte overlast en schade in verband met de verdere omstandigheden, waaronder de plaatselijke situatie, van wezenlijk belang. Daarom trent twisten partijen op verschillende, doch niet alle punten.’ (ov. 6.4).

Even verder overweegt de rechtbank:

¹⁴ Dat was overigens een van de redenen waarom in het tweede deskundigenrapport de omvang van de slibafzetting in de Rotterdamse havens aanzienlijk bijgesteld was.

¹⁵ Voor dit onderwerp verwijs ik naar mijn vervolgartikel over de Rotterdamse Kalimijnen-zaak, in *TMA* 2009-3/4, juni 2009.

‘De grondslag ontvalt uiteraard aan de vordering als het geloosde materiaal in het geheel geen bijdrage levert aan het in Rotterdam opgebaggerde slib. Hoewel in abstracto juist is de stelling van MDPA dat, als bedoeld gedeelte heel klein is – waarbij het overigens, anders dan MDPA meent, niet slechts om relatieve doch ook om absolute gegevens gaat – de lozingen bij gebreke van voldoende ernst niet licht onrechtmatig zouden zijn, kan niet worden volgehouden dat dat thans reeds zou zijn gebleken.

Indien de conclusies waartoe in het voorlopig deskundigenbericht wordt gekomen juist zijn is daarvan in elk geval geen sprake. Er is dan sprake van een aanzienlijke bijdrage aan het baggerbezwaar, die de hinder die Rotterdam volgens genoemde norm moet dulden overschrijdt, zodat het handelen van MDPA dan (in beginsel) moet worden aangemerkt als onrechtmatig.’ (ov. 6.4.2, 3^e al.).

In het eindvonnis bouwt de rechtbank, in geheel gewijzigde samenstelling overigens, voort op deze grondslag voor onrechtmatig handelen. Er wordt expliciet verwezen naar de betreffende overweging in het tussenvonnis (ov. 6.4) waarin ‘reeds is geoordeeld dat een benedenstroomse gebruiker van een rivier in beginsel een zekere overlast als gevolg van bovenstrooms gebruik van die rivier heeft te dulden, maar dat gelet op de aard, ernst en duur van de lozingen en de daardoor veroorzaakte overlast en schade, sprake kan zijn van onrechtmatig handelen’ (ov. 2.4). Hierop laat de rechtbank een citaat van het deel van ov. 6.4.2 tussenvonnis, dat net aangehaald werd, volgen.

Het zal duidelijk zijn dat bij de toepassing van de aldus geformuleerde norm op het onderhavige geval het erop aankomt welke betekenis men toekent aan de ‘aard en ernst’ van de hinder die toegebracht wordt, in casu of er sprake is van een ‘aanzienlijke bijdrage’ aan het baggerbezwaar van Rotterdam. Over welke omvang, welke hoeveelheden klei die in de havens als sediment neerslaan en van MDPA afkomstig is hebben wij het eigenlijk? De moeilijkheidsgraad om dat te bepalen werd eerder al aangegeven; het verbaast dan ook niet dat de eerste commissie van deskundigen in haar rapporten uit 1993 en 1995 tot andere uitkomsten is gekomen dan de tweede commissie, in rapporten uit 2006 en 2007, waarbij voortschrijdend technisch inzicht een rol gespeeld heeft, evenals nieuwe informatie die gebruikt werd. Daarover hieronder meer, maar op deze plaats is slechts het verschil in uitkomst van belang, en de wijze waarop de hinder-norm gehanteerd wordt in respectievelijk tussenvonnis en eindvonnis, de beslissing of van een ‘aanzienlijke bijdrage’ van slib sprake is geweest.

In het tussenvonnis wordt de conclusie van het deskundigenbericht uitvoerig weergegeven, met de onzekerheden die aan de berekeningen verbonden zijn. De ‘verwachtingswaarde’ voor aanslibbing (met een kans van 50% om te worden onderschreden of overschreden) is 78.000 ton droge stof (gelijk staand aan 156.000 m³ bagger) per jaar.¹⁶ In totaal was de van de Rijn afkomstige totale hoeveelheid slib in de havens van Rotterdam 1,63 mln ton droge stof. Over de periode 1961-1990 is de hoeveelheid extra baggerwerk 3,8 mln m³. Hierbij is van belang dat volgens de rechtbank niet alleen relatieve, maar ook absolute cijfers van belang zijn bij de schadebepaling.

Het tweede deskundigenbericht, waarvan bij eindvonnis in 2008 uitgegaan wordt, spreekt van een ‘verwachtingswaarde’ van de kansverdeling van 37.000 ton, tenslotte bijgesteld tot 27.000 ton, hetgeen gelijk staat met 54.000 ton bagger per jaar. MDPA had betoogd dat deze hoeveelheid, afgezet tegen het totale baggerbezwaar van de Rotterdamse havens, slechts 0,6% bedraagt en als verwaarloosbaar in elk geval valt binnen de grenzen van wat Rotterdam als benedenstroomse gebruiker van de rivier heeft te dulden. In dat verband stelde MDPA dat het

¹⁶ Op jaarbasis wordt door MDPA een hoeveelheid van 0,8 mln ton droge stof in de rivier geloosd. De hier aangehaalde overwegingen van het tussenvonnis vindt men in ov. 6.5.1 e.v.

hier uitsluitend om relatieve hoeveelheden gaat, niet om absolute cijfers, terwijl ook van belang is dat Rotterdam een wereldhaven exploiteert en ‘toch moet baggeren’. De kosten daarvan kunnen bovendien via havengelden doorberekend worden aan klanten van de havens.¹⁷

Daarentegen had Rotterdam gesteld dat MDPA zich hier verrekend heeft en het om een percentage van 0,8% van het totale baggerbezwaar gaat. Beide partijen lijken hierbij uit het oog verloren te hebben dat in beide deskundigenberichten niet van het totale baggerbezwaar van Rotterdam uitgegaan wordt, maar slechts van slib afkomstig van de Rijn, dus exclusief slib afkomstig van andere rivieren en de grote hoeveelheid Noordzeeslib die ook in de havens bezinken. Dat standpunt werd door de rechtbank overgenomen in haar tussenvonnis. Daarin werd zoals wij zagen ook benadrukt dat het bij de vraag naar onrechtmatig hinder niet enkel om relatieve hoeveelheden slib ging, maar om absolute hoeveelheden (in ov. 6.4.2, zie boven). De extra baggerkosten van Rotterdam dus, door haar gesteld op € 4,6 mln.

De rechtbank laat zich blijkens het eindvonnis door de argumenten van MDPA overtuigen en komt tot het oordeel, in het midden latend of het neergeslagen slib nu 0,8% of 0,6% van het totale baggerbezwaar van Rotterdam is, dat een baggerbezwaar in deze orde van grootte – minder dan 1% - valt binnen het door Rotterdam te accepteren nadeel dat zij van de MDPA-lozingen heeft ondervonden. In de overwegingen die volgen vindt men de Elzasser argumenten herhaald: Rotterdam moet als professionele havenexploitant toch baggeren. Die kosten vallen tegenover de extra kosten van baggeren van MDPA-slib, ook in absolute zin genomen, in het niet.¹⁸ Een redenering, allereerst, die haaks staat op hetgeen de rechtbank in haar tussenvonnis van 1999 overwogen had. Daarnaast kan vastgesteld worden dat de bij eindvonnis gevolgde zienswijze geen juiste toepassing is van de norm van de Hoge Raad zoals neergelegd in het *Kalimijnen*-arrest van 1988, bij een redelijke uitleg van hetgeen hof en Hoge Raad toen onder een ‘aanzienlijke bijdrage’ in de vaststelling van het onrechtmatig karakter van het handelen verstaan hebben.¹⁹

III. Een oude rechtsfiguur herleefd: inbreuk op eigendomsrecht als aansprakelijkheidsgrond toegepast buiten het burendrecht

1. Inbreuk op een subjectief recht bij onrechtmatig daad

Indien men een ander aansprakelijk stelt op grond van onrechtmatige daad dient onder meer voldaan te zijn aan het vereiste van schuld, in de zin van een verwijtbare gedraging volgens normen van maatschappelijke betamelijkheid.²⁰ Het vereiste van art. 1401 oud-BW (1382 CC) is in het huidige BW in gewijzigde vorm teruggekomen, namelijk naast de veel algemenere norm van toerekening van het handelen krachtens de verkeersopvatting. Art. 6:162 lid 3 bepaalt immers dat een handeling de dader kan worden toegerekend indien deze ‘te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt’. Op het gebied van inbreuk op een subjectief recht met zaaksbeschadiging tot gevolg is echter van oudsher in de jurisprudentie een regime van toepassing waarbij voor schuld in de zin van verwijtbaarheid vrijwel geen plaats is. Dit gebeurt veelal door aan de voorzienbaarheid van de schade die toegebracht werd lichte eisen te stellen: dat is met name het geval indien sprake is van een handeling die in het algemeen

¹⁷ Zie eindvonnis, ov. 2.2 e.v. en 2.6.

¹⁸ Eindvonnis, ov. 2.7.5 en 2.7.6 e.v.

¹⁹ Zie daarvoor mijn eerder genoemde artikel in *TMA* 2009-1/2.

²⁰ De hier volgende passage is een bewerking van een gedeelte uit mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2*, 5^e dr., 2004, Kluwer, p.701 e.v. Uitvoeriger verwijzingen naar literatuur en rechtspraak dan hier gebeurt, zijn mijn boek te vinden.

gevaarlijk was, ook al was de in concreto ingetreden schade slechts in geringe mate te voorzien. Een sprekend voorbeeld is schade die door heiwerkzaamheden toegebracht wordt. Er is echter ook rechtspraak waarbij in wezen van een risicoleer uitgegaan wordt, waarop door Meijers, Suijling, Scholten en Beekhuis de aandacht gevestigd is. Beekhuis verwoordt het als volgt:

‘Intussen kent de jurisprudentie gevallen, waarin de eis van verwijtbaarheid tot een minimum is teruggebracht. Zo wordt bijv. degeen, die werken op zijn erf laat aanleggen, gewoonlijk aansprakelijk geacht voor de schade, die hierdoor voor burens ontstaat, zodra hij voorzorgsmaatregelen had kunnen nemen waardoor de schade voorkomen had kunnen worden. Onverschillig is hierbij het bedrag van de kosten, die nodig zouden zijn geweest om de schade te voorkomen. Zie Meijers, *WPNR* 3445 (1939) en de in noot 45 vermelde jurisprudentie; *Verz. Privaatr. Opst. III*, blz. 244. In deze gevallen zal men dikwijls niet kunnen zeggen, dat de betrokken eigenaar anders gehandeld heeft, dan redelijkerwijs van hem te verwachten geweest zou zijn. Dat desniettemin aansprakelijkheid wordt aangenomen is een gevolg van de invloed van de z.g. risicoleer, volgens welke in bepaalde gevallen ook zonder schuld aansprakelijkheid kan bestaan’ (daarop volgt een verwijzing naar: Asser-Rutten, Hoffmann, Suijling, Langemeijer, Asser-Scholten, Telders, A. van Oven en Tromp).²¹

Meijers en Scholten verwezen in dit verband naar het standaard-arrest van de Hoge Raad uit 1881, een opvatting ‘die niet meer uit de rechtspraak verdwenen is’ en ‘op aansprakelijkheid buiten schuld is gaan lijken’ (Meijers); ‘een risicoaansprakelijkheid in het kled van een aansprakelijkheid voor onrechtmatig, aan schuld te wijten handelen’ (Scholten).²² Het betreft hier een geval van wat ik eens pseudo-risicoaansprakelijkheid genoemd heb.²³

Deze jurisprudentie geniet naar mijn indruk weinig bekendheid, hetgeen mede veroorzaakt kan zijn doordat Rutten, aanhanger van de schuldleer, er vrijwel geen aandacht aan besteed heeft in zijn Asser-bewerking van *Verbintenissenrecht*, een traditie die voortgezet is door latere bewerkers: A.S. Hartkamp, tegenwoordig bijgestaan door C.H. Sieburgh.

Toch is er ook recente rechtspraak van de Hoge Raad waarin hij lijkt voort te bouwen op de geschetste oudere jurisprudentie inzake burengeschillen. In het arrest van 4 nov. 1988, *NJ* 1989, 854, nt CJHB, *Schols - Heijnen*, is sprake van een aardverschuiving bij een talud dat twee erven (in het Limburgse) scheidt, waarbij een grote hoeveelheid grond, takken en stukken steen van de hoger gelegen tuin van Schols terecht komen in de lager gelegen tuin van Heijnen, die verwijdering vordert van het materiaal. De Hoge Raad neemt hier, op dezelfde wijze als in een arrest van 1982 inzake een omgevallen boom, aan dat de eigenaar van de zaak die op het perceel van een ander terecht gekomen is verplicht is die te verwijderen, ongeacht of hem enig verwijt treft.²⁴ Zelfs enig toedoen of nalaten is niet vereist; in casu was onduidelijk wat de oorzaak van de verzakking was, Heijnen beweert dat het ‘kaalslag’ van het talud door Schols was, maar kan dat niet bewijzen. Het gaat hier om inbreuk op het eigendomsrecht van Heijnen; de Hoge Raad overweegt daaromtrent:

‘In het bijzonder is denkbaar dat bij het terecht komen van de desbetreffende zaak op het perceel van die ander ook andere zaken op zodanige wijze op dat perceel zijn terecht gekomen dat de daardoor ontstane situatie inbreuk op diens eigendomsrecht insluit, immers afbreuk doet aan diens hem als eigenaar van het perceel toekomende genotsrechten. Voormelde zorgvuldigheid kan dan meebrengen dat degene wiens

²¹ Asser-Beekhuis II, 9e dr. (1963), p. 29; gehandhaafd tot en met de 11e druk; na de dood van Beekhuis in 1988, is deze passage in de 12e druk door de bewerkster Davids aan het slot aangepast: de vermelding van de risicoleer is vervangen door ‘objectivering van het schuldbegrip’, met verwijzing naar Schut, zie 12e dr., nr 35.

Voor een bespreking van de ‘risicoleer’, na de oorlog ten onrechte onder het stof geraakt in de literatuur, verwijs ik naar mijn debat met Vranken in het *WPNR* van 1990 (nr 5953-55).

²² HR 8 april 1881, *W* 4663, en in revisie 24 juni 1882, *W* 4791. Vgl. Meijers, *Verz. Privaatr. Opst. III*, p. 244, met vermelding van rechtspraak uit 1902 en 1918; Asser-Scholten II, *Zakenrecht*, 8e dr. (1945), p. 123 v., met verwijzing naar HR 27 jan. 1939, *NJ* 1939, 874, nt PS, *Rotterdam - Staatsspoorwegen*.

²³ Op het gebied van het burensrecht is overigens een bekend voorbeeld van aansprakelijkheid zonder schuld het zgn. *ladderrecht* van art. 699 oud-BW, thans art. 5:56 BW, inzake schade toegebracht bij werkzaamheden op een anders grond.

²⁴ Vgl. HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 478, *Trechsel - Laméris*.

zaak tot deze - verdere - inbreuk heeft geleid, óók is gehouden tot verwijdering van die andere zaken, onverschillig aan wie deze toebehoren. Of voor degene wiens zaak op eens anders perceel in voege als voormeld is terecht gekomen, dientengevolge mede een dergelijke verwijderingsplicht ontstaat, hangt af van de bijzonderheden van het gegeven geval.⁷

Men ziet dat de cassatierechter zeer ver gaat in het aansprakelijk stellen van de laedens, ook al is de oorzaak van de schade niet komen vast te staan. Ook de opgelegde verplichting tot verwijdering is ruim gesteld: degene die inbreuk pleegt moet ook *zaken die hem niet toebehoren* verwijderen. In casu was door de verzakking materiaal meegesleept waarvan niet vastgesteld kon worden van welk perceel het afkomstig was geweest.

Het arrest is een fraai voorbeeld van aansprakelijkheid zonder schuld. In zijn noot wijst Brunner op de overeenkomstige regeling van § 1004 BGB in het Duitse recht; in de Duitse rechtspraak wordt volgens Brunner wel het vereiste van een causaal verband gesteld: vastgesteld moet worden dat de stoornis door de eigenaar van de zaak veroorzaakt is. Overigens kent het Duitse recht ook een vorm van aansprakelijkheid zonder schuld in het burenrrecht, § 906 BGB.²⁵ Het bovenstaande zal de Belgische lezer overigens sterk aan zijn figuur van burenhinder, *troubles de voisinage* doen denken, die door mij in mijn inleiding al genoemd werd.

2. Toepassing van de inbreuk-jurisprudentie in openbare wateren

In 1994 heeft de Staat de hierboven besproken benadering gevolgd bij het instellen van een verhaalsactie als gevolg van het opruimen van een wrak (een kraan) dat het scheepvaartverkeer op de Westerschelde in gevaar bracht, hetgeen 23 jaar na dato gebeurde.²⁶ De Staat wist de eigenaar van de kraan op te sporen: August de Meijer BV, in Terneuzen. Tijdens vervoer was de kraan indertijd in een vliegende storm van het dek van een schip geslagen.

Het hof had de Staat opgedragen om te bewijzen dat de berging van de kraan in 1987 noodzakelijk was met het oog op de veiligheid van het scheepvaartverkeer ter plaatse. De Staat gaat hiertegen in cassatie en beroept zich daarbij op het standpunt dat de Hoge Raad in de zoëven besproken arresten van 1982 en 1988 neergelegd had, de verwijderingsplicht zonder schuld.

De cassatierechter overweegt in *Staat – August de Meijer* daaromtrent:

‘De voor dergelijke gevallen geformuleerde regel is niet zonder meer van toepassing in de situatie dat een voorwerp is terechtgekomen op de bodem van een vaarwater, zonder dat de eigenaar van dat voorwerp daarvan een verwijt valt te maken. In dat geval zal voor diens aansprakelijkheid voor de kosten van opruiming in beginsel vereist zijn dat de beheerder van het water stelt, en zo nodig bewijst, dat de gevaren verbonden aan het niet verwijderen van dat voorwerp zo groot zijn dat zij hem redelijkerwijs tot verwijdering noopten. Het voorgaande brengt mee dat de door het onderdeel verdedigde opvatting niet als juist kan worden aanvaard’ (ov. 3.5, in fine).

Men ziet dat de Hoge Raad hier (wederom) aansprakelijkheid zonder schuld aanvaardt, en slechts op de gelaedeerde ‘in beginsel’ de stelplicht en zo nodig, de bewijslast, legt met betrekking tot de noodzaak tot verwijdering van het wrak wegens de veiligheid van het verkeer.

Wij kunnen uit het arrest van 1994 concluderen dat de regel van aansprakelijkheid zonder schuld bij inbreuk op de eigendom van een ander ook van toepassing is indien *niet van burenr*

²⁵ Indien bij hinder door burenr geen sprake is van inbreuk op eigendom, gaat de Hoge Raad veel klassieker te werk, vgl. HR 29 okt. 1993, *NJ* 1994, 107, *kraaiende hanen*, waarover Van Maanen, *NTBR* 1997, p. 43 (met een interessante causaliteitsvraag: arbeidsongeschiktheid die veroorzaakt zou zijn door het burengerucht).

²⁶ HR 14 okt. 1994, *NJ* 1995, 720, nt MS, *Staat - August de Meijer BV*; de opruimingskosten waren f332.365,-. Vgl. ook J. Spier, *WPNR* 6168 (1995), de toepassingsmogelijkheden van het arrest ziet bij bodemvervuiling uit het verleden, omdat men op die wijze de leer van de Hoge Raad inzake het relativiteitsvereiste zou kunnen omzeilen.

sprake is; de regel kan ook op een situatie ‘in den natte’ toegepast worden, terwijl evenmin van belang is dat de schade lang geleden toegebracht werd door het voorwerp in kwestie.

Deze rechtspraak heeft een vervolg gekregen in 2002, wederom een geval van wrakopruiming in openbaar vaarwater, dit keer de Noordzee: *Staat – Kuwait Marine Transport en ABN-Amro*.²⁷ Eiser heeft hierbij een beroep gedaan op de arresten van 1988 en 1994 die daarnet besproken werden en werd daarin gevolgd door het OM (in een sterke conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense), maar niet door de cassatierechter. Deze zag geen noodzaak om de reder/vervoerder van een overboord geslagen container gelijk te stellen met de eigenaar ervan, wat de mogelijkheid van verhaal van opruimingskosten betreft. Wel gaf de Hoge Raad te kennen dat de jurisprudentie waarop eiser zich had beroepen nog recht overeind staat, en dat is het goede nieuws. ‘Operatie geslaagd, patiënt overleden’, zullen we maar zeggen.

Het ging om het containerschip *Danah* dat in 1989 op weg naar Hamburg in een winterstorm een aantal containers verliest, in territoriale wateren boven Ameland. Eén van de containers bevatte een hoogst gevaarlijke stof voor het milieu, de pesticide trichloorphon. De Staat neemt maatregelen ter opsporing en berging van de container, voor ruim 1,7 mln NLG en zoekt verhaal voor die kosten.

De voor ons belangrijkste overweging van de hoogste rechter is deze:

‘In de door het middel genoemde arresten is aanvaard dat de eigenaar van een voorwerp dat terecht komt op het perceel van een ander of op de bodem van een vaarwater, ook al valt hem daarvan geen verwijt te maken, terstond nadat hij van de situatie op de hoogte is gekomen, jegens die ander onderscheidenlijk de beheerder van dat vaarwater gehouden is dat voorwerp te verwijderen en door dat na te laten jegens die ander onderscheidenlijk die beheerder onrechtmatig handelt; met dien verstande dat, indien het gaat om een op de bodem van een vaarwater terechtgekomen voorwerp, voor toepassing van deze regel in beginsel vereist is dat de gevaren verbonden aan het niet verwijderen zo groot zijn dat zij de beheerder redelijkerwijs tot verwijdering noopten.

De in genoemde arresten aangenomen aansprakelijkheid van de eigenaar van de ‘inbreukmakende’ zaak berust op de opvatting dat deze door na te laten die zaak te verwijderen handelt in strijd met de door hem in die hoedanigheid in het maatschappelijk verkeer jegens eens anders goederen in acht te nemen zorgvuldigheid. Een soortgelijke zorgvuldigheidsplicht rust echter niet op degene die, zoals KMT, de ‘inbreukmakende’ zaak toen deze overboord sloeg slechts als reder/vervoerder onder zich had. Hierop stuiten alle klachten van het middel af.’ (3.4.2).

Zoals gezegd zag de A-G dat laatste geheel anders, met een beroep op de eerder genoemde jurisprudentie en, naar analogie, op art. 1403 oud-BW (1384 CC), de aansprakelijkheid van degene die een zaak onder zijn opzicht heeft. Dat wordt op de Belgisch-Franse wijze uitgelegd, met risicoaansprakelijkheid voor de toezichthouder (helaas in Nederland nooit heersende leer geworden). De Hoge Raad wil daar niet aan, op gronden ontleend aan het zeevervoersrecht die merkwaardig overkomen; volgens al aangekondigde nieuwe wetgeving (en in 2002 geldend recht) zou de reder/vervoerder namelijk wel aansprakelijk zijn (zie ook de noot van Haak onder het arrest). Het oogt wat Freudiaans dat de cassatierechter niet aan enige motivering van zijn standpunt is toegekomen.

Men moet een gegeven paard niet in de bek kijken. Het belangrijkste is hier dat de nieuwe stroming in de rechtspraak springlevend blijkt te zijn, en bovendien, zoals hieronder nog uitgewerkt zal worden, de toepassing bij verhaal van milieuschade versterkt is.

²⁷ HR 8 mrt 2002, NJ 2003, 372.

IV. Het gebruik van alternatieve schadevaststelling bij lozingen van stoffen in rivieren, zoals in de Rotterdamse Kalimijnen-zaak

1. Inbreuk op eigendom als grondslag voor schadevergoeding

Uit de gegeven voorbeelden van milieuschade door lozingen op rivieren, de hier besproken Kalimijnen-zaken, blijkt dat de vaststelling van de schade die veroorzaakt werd uiterst gecompliceerd kan zijn. Dat kan consequenties hebben, niet alleen voor de vaststelling van de schadeomvang, maar ook voor de daaraan voorafgaande fase, de vaststelling van onrechtmatigheid van het handelen van het lozende bedrijf. Een traditionele benadering, gebaseerd op de schuldvraag ten aanzien van de dader en diens onrechtmatig handelen, leidt tot een zware, soms onmogelijke bewijslast. In een meer moderne benadering, waarbij van risico-aansprakelijkheid wordt uitgegaan, kan van omkering van de bewijslast sprake zijn, die soulaas kan bieden aan de schadelijgende partij. In het tussengebied kan gebruik gemaakt worden van een intussen ook klassiek te noemen rechtsfiguur, door van een vermoeden van causaal verband en schade uit te gaan, die omkering van de bewijslast rechtvaardigt.²⁸

Nu zijn dat aantrekkelijke mogelijkheden voor een benarde eiser die verhaal van milieuschade zoekt, maar er zijn ook schaduwkanten. Nog afgezien van de afhankelijkheid van een rechterlijke instantie die bereid moet zijn om het recht op die ‘verlichte’ wijze toe te passen, problematischer is dat bij omkering van de bewijslast het gevaar nog niet geweken is dat de eiser betrokken wordt bij een hoogst gecompliceerde feitelijke toedracht rond de causaliteitsvraag, en de race dus nog niet gelopen is. De deskundigen die de aansprakelijk gestelde partij in de arm genomen heeft kunnen – helaas de praktijk – geselecteerd zijn op hun vermogen om zich de positie van hun opdrachtgever in te denken en zich daardoor te laten leiden bij het schrijven van hun rapport. Dat vraagt om een gedegen tegen-expertise, met een hoge inzet van tijd en geld. De eiser kan zo wel eens van de regen in de drop komen (hetgeen doet denken aan het oude burennrecht, met zijn ‘recht van waterloop en drop’, maar dat terzijde).²⁹

Het zou dus de moeite waard zijn om na te gaan of er voor de eiser *in dire straits* alternatieven bestaan, allereerst in de hierboven in par. III geschetste figuur van inbreuk op eigendom in rechtspraak en literatuur. Het interessante aan die grondslag voor schadevergoeding is dat de inbreuk op de eigendom van de gelaedeerde centraal staat, en onder een eigen regime valt vergeleken met de algemene aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad als schending van normen van maatschappelijke zorgvuldigheid. Aldus kunnen gebruikers van rivierwater, een tuinder, drinkwaterleidingbedrijf of haven, op grond van hun eigendomsrecht de schade toegebracht aan hun eigendom verhalen op degene die dat water vervuuld heeft, in ons geval de Kalimijnen. Met het arrest *August de Meijer* van 1994 is deze vordering uit de sfeer van het burennrecht gehaald, zodat de grote afstand tussen plaats van handeling (Elzas) en plaats van schade (Nederland/Rotterdam) overbrugd kan worden. Overigens zijn er nog andere argumenten aan te voeren om ‘naburigheid’ meer in overdrachtelijke dan materiële zin op te vatten. Zo is bij erfdiensbaarheden door de wetgever van het nieuwe BW de eis van naburigheid der erven geschrapt, met daarbij het voorbeeld van luchtvervuiling door een

²⁸ Een groot voorstander van de laatste zienswijze, waarmee de oude strijdvraag tussen schuld of risico als grondslag van de aansprakelijkheid ontlopen wordt, die al sinds 1880 de geesten verdeeld houdt, is tegenwoordig I. Giessen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg 2001, p.519 e.v.

²⁹ Ook indien door de rechtbank een deskundigenbericht gelast is, door deskundigen die met instemming van beide partijen benoemd zijn, kan een soortgelijk scenario van toepassing zijn. Zie de Rotterdamse Kalimijnen-zaak, waarin tot twee keer toe een deskundigenrapport betwist werd, hetgeen tot aanpassingen en zelfs een nieuw deskundigenbericht geleid heeft, en een zee van tijd gekost heeft.

industriële bron op vele kilometers afstand. Ook het internationaal publiekrecht – vroeger gezellig ‘volkenrecht’ genoemd – kan grensoverschrijdende veroorzaking van milieuschade op grote afstand (luchtvervuiling, watervervuiling) leiden tot aansprakelijkheid voor schade die in het buurland toegebracht werd.³⁰ Goed nabuurschap, waarin de *good neighbour doctrine* van het Engelse delictsrecht moeiteloos valt te onderkennen, moet op steeds groter schaal plaatsvinden, waarbij ook landsgrenzen geslecht worden in onze *global village*.

De Hoge Raad heeft toch nog een beperking aangebracht op de aansprakelijkheid wegens inbreuk op het recht van eigendom. Het gaat om te beginnen hierbij enkel om de kosten van amotie, de opruimingskosten, bij deze actie. De aangesproken partij heeft de verplichting tot *verwijdering* van de zaak die tot de inbreuk geleid heeft, niet om schade te vergoeden. Dat verschil is echter in de praktijk van geringe betekenis: met name indien de eigenaar de verwijdering op eigen kosten doet en deze vervolgens verhaalt op de andere partij, hetgeen wel redelijkerwijze gebeurd moet zijn. Aldus de situatie in de August de Meijer-zaak, waar het ging om een aanzienlijk bedrag aan opruimingskosten, ca. 330.000 NLG. Tuinders en waterleidingbedrijven die sproeiwater of installaties en leidingen moeten ontziltten, gemeentelijk havenbedrijven die (vervuild) slib moeten baggeren, dat alles kan als herstelwerkzaamheden uitgevoerd worden, met verhaal van de kosten achteraf op de veroorzaker ervan. Bij opruiming van wrakken werd door de hoogste rechter toegevoegd, als ‘in beginsel’, dat de eiser moet stellen en zo nodig bewijzen, dat de verwijdering noodzakelijk was. Dat wil zeggen, dat de gevaren van het wrak zo groot zijn dat verwijdering redelijkerwijze noodzakelijk was voor de eigenaar/beheerder van die wateren als openbare vaarwater. Dat is een niet te zwaar vereiste in het geval van de havenbeheerder die moet baggeren: havens moeten immers op diepte gehouden worden om de veiligheid van schepen te kunnen garanderen, evenals het openbaar zijn van het vaarwater ter plekke.

Een voor milieuschade belangrijk element in de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest van 1988, *aardverschuiving*, is dat degene wiens zaak op het perceel van de ander is terecht gekomen, óók gehouden is tot verwijdering van *zaken van anderen* die op dat perceel zijn beland, onverschillig aan wie ze toebehoren. Dat gold indertijd tuinmateriaal: grond, takken, stenen, e.d., dat met de aardeverschuiving was meegekomen. Wat indien het gaat, zoals in de Rotterdamse Kalimijnen-zaak, om stoffen met een tamelijk neutraal karakter zoals kleideeltjes, die tijdens het transport in het rivierwater langs grote industriegebieden gaan waar naar algemeen bekend is op grote schaal giftige stoffen zoals zware metalen geloosd worden die zich aan de kleideeltjes hechten en uiteindelijk als slib neerslaan? Ik zou menen dat ook hier sprake is van zaken van derden die eveneens verwijderd moeten worden door de lozer van de klei die wegens inbreuk van eigendom tot verwijdering ervan gehouden is. Het is natuurlijk zeer moeilijk om in het slibsediment precies vast te stellen welk toxisch materiaal afkomstig is van welke bepaalde industrieën langs de Rijn. Van die taak kan de havenbeheerder/eigenaar ontheven worden, met een beroep op de overweging van de Hoge Raad in het arrest van 1988, waar sprake was van ‘de onmogelijkheid om het neergekomen materiaal te identificeren’, dat wil zeggen de herkomst ervan vast te stellen, nadat het van het talud op het buurperceel beland was. Dat staat volgens de rechter niet in de weg aan een vordering tot verwijdering van alle zaken op grond van inbreuk van eigendom door de eigenaar.

Een mooie toepassing van deze benadering op milieugebied werd reeds gegeven door A-G De Vries Lentsch in de container-zaak van 2002. De container met pesticide moest gelicht worden door de Staat als eigenaar/beheerder van de territoriale Noordzee, niet vanwege het

³⁰ Zie de oude *Trail Smelter case (Canada v. USA; inzake luchtvervuiling)* en vooral: *Lac Lanoux (Frankrijk v. Spanje; inzake waterrechten)*, Arbitral Tribunal, 16 nov. 1957, 24 *ILR* 101 (1957).

belang van de bevaarbaarheid van een openbare waterweg (omdat de container in de weg zou liggen), maar vanwege het milieubelang: schade aan het marine milieu ten noorden van Ameland. De verplichting tot het bergen van de container – door de Staat op grond van de Wrakkenwet uitgevoerd – , is aangenomen vanwege de *inhoud* van de container die inbreuk op de eigendom van de Staat gemaakt had (de territoriale zeebodem). Daarmee wordt aangegeven dat de bijzaak (meegevoerde zaak) belangrijker kan zijn dan de hoofdzaak (de zaak zelf die de inbreuk maakte). Het spiegelbeeld dus van de Limburgse aardverschuivingszaak.

De Hoge Raad is helaas niet op deze materie ingegaan; het college heeft niet aan deze vraag willen toekomen, omdat volgens het systeem van het zeevervoersrecht de reder/vervoerder van de zaak niet met de eigenaar van die zaak gelijkgesteld mag worden. Zoals wij eerder zagen, oordeelde de cassatierechter zonder enige motivering te geven, ook niet ter weerlegging van het anders luidende advies van de A-G. Dat helpt ons dus niet verder, zoals zo vaak als argumenten in de strijd ontbreken. Een in de politiek alledaags verschijnsel, in Nederland en België, zo is mijn indruk, dat echter in het recht niet thuishoort.

Wel heeft de Hoge Raad in 2002 de eerdere jurisprudentie uitdrukkelijk gehandhaafd door een heldere samenvatting ervan te geven, uitmondend in ‘de opvatting dat deze door na te laten die zaak te verwijderen handelt in strijd met de door hem in die hoedanigheid in het maatschappelijk verkeer jegens eens anders goederen in acht te nemen zorgvuldigheid’ (ov. 3.4.2, zie boven).

2. De afdracht van voordeel verkregen door onrechtmatig handelen (ex art. 6:104 BW)

Tenslotte nog enkele opmerkingen over de mogelijkheid om gebruik te maken van de figuur van afdracht van verkregen voordeel uit onrechtmatige daad, zoals in art. 6:104 BW neergelegd.³¹ Wat moeten wij ons daarbij voorstellen? Om een eenvoudig voorbeeld op milieugebied te geven: het geval dat een bedrijf nalaat om afvalwater te zuiveren alvorens dat op de rivier te lozen, terwijl dat naar geschreven of ongeschreven recht een verplichting zou zijn. Degene die daarvan als gebruiker van rivierwater schade ondervindt, bijvoorbeeld een (beroeps-)vissersvereniging of een eigenaar/beheerder van een natuurgebied, of de Staat als belast met zorg voor de natuur, zal grote moeite hebben om de schade aan de micro-cosmos in het water als gevolg van blootstelling aan de geloosde giftige stoffen aan te tonen. Dat heeft niet alleen betrekking op het precieze causale verband ten aanzien van schade toegebracht aan het watermilieu, maar ook op de verhouding tot bijdragen van derden aan de milieubelasting, en tot de natuurlijke vervuiling van het water (de ‘achtergrondverontreiniging’). En als die veroorzaking vastgesteld is, hebben wij nog het probleem: hoe dat in geld uit te drukken? Amerikaanse toestanden doemen hier op: het turven van het aantal organismen per kubieke meter water en vermenigvuldiging met een forfaitair bedrag per organisme, of *contingent valuation* (de publieke opinie raadplegen welke waarde in geld dat stuk natuur heeft), *e tutti quanti*.³² De problemen (en kinderziekten) van die benadering worden de eiser bespaard als hij gebruik kan maken van de vordering tot afgifte van het door de laedens verkregen

³¹ Het artikel is vooral geschreven voor inbreuk op intellectuele eigendomsrechten, vandaar dat gesproken wordt van ‘winst’ die afgedragen moet worden. De schade wordt begroot op de winst die met de inbreuk gemaakt is. Zie voor een recente toepassing van de vordering tot winstafdracht: HR 30 jan. 2009, NJ 2009, 83, inzake merkinbreuk.

³² Zie voor die materie mijn boek: *Natuurschade verhaal. Onderzoek naar aansprakelijkheidsvragen bij schade aan de waterrijke natuur als gevolg van gaswinning en bodemdaling*, Vereniging Natuurmonumenten, 's-Gravenzande, 1999, par. 2.7 (p.59 e.v.), m.m.v. L.J. Smale. Vgl ook: A. Carette, *Herstel van en vergoeding voor aantasting aan niet-toegeëigende milieubestanddelen*, diss. Antwerpen, 1997; E.H.P. Brans, *Liability for Damage to Public Natural Resources. Standing, Damage and Damage Assessment*, diss. Rotterdam, 2001, Kluwer Law Internationaal.

voordeel. Welk bedrag heeft de laatste zich bespaard door het afvalwater niet te zuiveren? De kosten van een waterzuiveringsinstallatie en de exploitatie ervan zijn niet moeilijk om vast te stellen, na een rondgang in de bedrijfstak. Indien de concurrentie zich wel aan de milieunormen houdt en afvalwater zuivert, kan op deze wijze ook oneerlijke concurrentie door het vervuilende bedrijf recht getrokken worden, als neveneffect.

In de context geplaatst van onze voorbeelden van vervuiling van rivieren kunnen wij constateren dat de eerder genoemde gebruikers van rivierwater: de tuinders, waterleidingbedrijven en havenbeheerders, eveneens baat hebben bij het gebruik van deze rechtsfiguur. Het vaststellen van hun schade, en het aanbrengen van een kostenberekening daarbij, zou ook hier vervangen kunnen worden door de berekening van het voordeel dat de bovenstroomse lozer van zout en klei van zijn onrechtmatig handelen gehad heeft. Dat zou grosso modo neerkomen op de kosten van opslag van de (zouthoudende) klei die de Kalimijnen zich bespaard hebben. Dat is een bedrag dat in de orde van grootte van enkele honderden miljoenen euro's ligt voor een periode van omstreeks veertig jaar. Een redelijk percentage daarvan, gebaseerd op de hoeveelheid zout c.q. klei dat naar kansberekening de schade bij de rivierwatergebruikers veroorzaakt heeft zou gevorderd kunnen worden als door de lozer onrechtmatig behaald voordeel. In zo'n scenario ziet het er naar uit dat de lozer eieren voor zijn geld zal kiezen en bereid is een schikking te treffen die vermoedelijk niet veel zal afwijken van het bedrag dat de schadelijdende partijen begroot hadden op grond van een schatting van de herstel- en opruimingskosten die gemaakt zijn.

Een mogelijk bezwaar van de gedaagde partij, dat aldus toch wel heel weinig is komen vast te staan van de omvang van de schade en omvang van de hinder, en daarmee: de onrechtmatigheid van het handelen van de lozer, kan weerlegd worden met een beroep op jurisprudentie van alweer enige tijd geleden. In een arrest uit 1982 heeft de Hoge Raad in een bodemvervuilingszaak vastgesteld met betrekking tot schade als gevolg van vuil dat gestort werd op een aangrenzend terrein, dat de omvang van de hinder niet precies hoeft vast te staan voor de beoordeling van de onrechtmatigheid:

‘Het feit dat niet alle door de eiser aan zijn vordering ten grondslag gelegde feiten zijn komen vast te staan, staat niet in de weg aan toewijzing van die vordering, indien deze gedragen kan worden door de door de eiser gestelde feiten die wel zijn komen vast te staan’.³³

In de rechtspraak over winstafdracht is op vergelijkbare wijze bepaald dat, nu het hier niet om een recht gaat maar om een discretionaire bevoegdheid van de rechter om de schade te begroten op het bedrag van de winst of een gedeelte daarvan, het een vorm van abstracte schadeberekening is, ‘zodat concreet nadeel bij onzekerheid niet behoeft te worden aangetoond’. Voor toepassing is echter geen plaats indien in het geheel geen schade geleden is.³⁴

Tot slot

Aldus een beschouwing van enkele mogelijkheden die het moderne civiele aansprakelijkheidsrecht te bieden heeft bij het verhalen van milieuschade in geval van gecompliceerde schadeveroorzaking. Daarbij werd een beroep gedaan op de toepassing van een oude rechtsfiguur in een nieuw jasje: inbreuk op eigendom als exponent van de risicoleer,

³³ HR 17 sept. 1982, NJ 1983, 278, nt MS, *Zegwaard – Konijnenburg*. Zie ook mijn *Verbintenissenrecht 2*, p.728.

³⁴ Vgl. HR 24 dec. 1993 NJ 1995, 421, *Waeyen-Scheers – Naus*.

en een vrij nieuwe figuur, de verplichting van de veroorzaker van dergelijke schade om zijn daarbij behaalde voordeel af te staan aan de schadelijgende partij bij wijze van schadevergoeding. Bij dat laatste zien wij overigens een economische benadering in het recht doordringen, wat de Rotterdammer, en naar ik aanneem, ook de Gentenaar goed doet. Het is een bijdrage van het privaatrecht aan het op orde brengen van het milieu, door degene die het milieu vervuilde tot de orde te roepen. De rechtsorde, wel te verstaan. Dat is een doel waaraan Hubert Bocken in zijn lange academische loopbaan een belangrijke bijdrage geleverd heeft. Die bijdrage is eigenlijk al in 1979 tot uitdrukking gekomen in het boek dat hij toen, als een van de eersten *in civilibus*, het licht deed zien met de veelzeggende titel: *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*.

Ik wens Hubert Bocken toe, nu de sancties van het universitaire leven uitgewerkt zijn, dat hij als emeritus een leefmilieu binnentreedt dat geen verstoring kent. 'Er is geen rust in het recht', zei Paul Scholten ooit. Buiten het recht is er echter heel veel rust. Maar, let wel (ik spreek als ervaringsdeskundige), hier geldt niet dat 'rust roest'. Het is, kortom, een schoon milieu dat u wacht.