

## **De Franse Kalimijnen *revisited*: aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. De Rechtbank Rotterdam zet de klok terug bij grensoverschrijdende watervervuiling (Deel I)**

**Een beschouwing naar aanleiding van Rechtbank Rotterdam 17 december 2008, Gemeente Rotterdam - Mines de Potasse d'Alsace.**

J.M. van Dunné

### **1. Inleiding**

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 mede-eisers, tot een arrest van de Hoge Raad dat ook internationaal de aandacht getrokken heeft.<sup>1</sup> 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 dit tijdschrift, al in zijn prille bestaan, werd ruim aandacht geschonken aan die procedure, ook door deze auteur.

Weinig bekend is dat de Gemeente Rotterdam in 1990 ook een procedure begonnen was 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 (zware 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 basis 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). Het record van de procedure van de Westlandse tuinders is dus ruim gebroken, nog

---

<sup>1</sup> 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.

afgezien van het feit dat wij alleen nog maar een uitspraak in eerste instantie hebben. Grensoverschrijdende milieuverontreiniging is een belangrijk onderwerp, evenals de vraag hoe het *Kalimijnen*-arrest van 1988 toegepast is door de rechter; dat rechtvaardigt een beschouwing in dit tijdschrift. Het eindvonnis van 17 december 2008 vindt men in dit nummer bij de jurisprudentie opgenomen, evenals het tussenvonnis van 15 april 1999. In dat laatste vonnis werd de grondslag van de vordering van de Gemeente Rotterdam in beginsel aanvaard, in tegenstelling tot het eindvonnis van vorig jaar.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

Terug naar het Rotterdamse probleem met de kleilozingen in de Elzas. Aanvankelijk was, zoals gezegd, 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.<sup>5</sup> Die convenanten zijn een groot succes geworden, een voorbeeld hoe een milieuprobleem opgelost kan worden zonder dat procedures gevoerd moeten worden.<sup>6</sup> 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 convenanten gesloten met de in vrijwaring opgeroepen bedrijven om tot een beperking van de lozingen te komen in een reeks van jaren. Daarbij had Rotterdam de bedrijven toegezegd dat zij geen schadeverhaalsprocedure te duchten hadden zolang zij het convenant te goeder trouw uitvoerden.

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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 en lid van de Raad van Advies van dit blad, voor deze informatie. Huglo trad op als advocaat voor de Nederlandse eisers.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Het Instituut voor Milieuschade, EUR, heeft indertijd het juridisch onderzoek voor het Rijn-project uitgevoerd.

MDPA mocht er, gezien het bovenstaande, van uitgaan dat de bedrijven eenmaal in vrijwaring opgeroepen, de nodige juridische zwarigheden 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. Pas na een uitspraak van de Hoge Raad in 1995 met betrekking tot het vrijwaringsincident kon de procedure van Rotterdam voortgezet worden.<sup>7</sup> 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 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 burenenrecht 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.

In dit artikel zal ingegaan worden 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

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, 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 wijze waarop de Westlandse tuinders de verzilting van het boezemwater bestrijden, de toepassing van het water op hun gewassen, de gevoeligheid van die gewassen, vormen 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

<sup>7</sup> HR 28 april 1995. Zie ook nog onder, met betrekking tot de gevolgen van het vrijwaringsincident voor de aansprakelijkheidsvraag (het zgn. ‘schoon’ slib dat voortaan in het geding was.

<sup>8</sup> Dat arrest wordt uitvoerig besproken in mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2*, 5<sup>e</sup> dr. 2004, Kluwer, pp.237 e.v.; 705 e.v.

<sup>9</sup> Op dit moment is overigens nog niet duidelijk of Rotterdam daadwerkelijk in appel gaat van het vonnis.

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 wiskundeknobbel van juristen, rechters en advocaten, die daar niet erg om bekend staan. Zoals ik nog zal aantonen, is op dit gebied 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.

De procedure voor de Rechtbank Rotterdam is daarom niet alleen van belang voor de milieuaansprakelijkheid, met name bij vervuiling van oppervlaktewater, maar ook voor aansprakelijkheidsvragen bij complexe causaliteit en vaststelling van schadeomvang in het algemeen. Het gaat om de werking van *kansberekening* op dat gebied en de betekenis ervan voor de aansprakelijkheid. In het vervolgartikel (Deel II) stel ik mij voor om op die materie nader in te gaan, evenals op de figuur van inbreuk op eigendom als afzonderlijke categorie in de jurisprudentie van de Hoge Raad van de laatste decennia. Op het gebied van het opruimen van wrakken in openbaar vaarwater heeft het arrest August de Meijer van 1994 in 2002 een interessant vervolg gekregen in een zaak waarbij een container met giftige inhoud overboord geslagen was, *Staat – Kuwait Marine Transport en ABN-Amro*. Dergelijke thema's zijn in de Rotterdamse procedure tegen de Kalimijnen wel aan de orde gesteld, maar al bij het tussenvonnis naar de achtergrond gedrongen, c.q. door de rechtbank terzijde gesteld. Dat was toen vanwege de door de rechter gevolgde koers van onrechtmatige hinder als grondslag voor aansprakelijkheid ook wel begrijpelijk. Met de afwijzing daarvan bij eindvonnis komt die materie echter weer vol op het tableau te staan.

## 2. De Rotterdamse procedure tegen de Kalimijnen

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:

‘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<sup>e</sup> 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 (ov. 6.5.1. e.v.). 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 m<sup>3</sup> bagger) per jaar.<sup>10</sup> 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 m<sup>3</sup>. Hierbij is van belang dat volgens de rechtbank niet alleen relatieve, maar ook absolute cijfers van belang zijn bij de schadebepaling (ov. 6.5.3).

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 (ov. 2.2 e.v.). 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 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 (ov. 2.6).

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

---

<sup>10</sup> Op jaarbasis wordt door MDPA een hoeveelheid van 0,8 mln ton droge stof in de rivier geloosd.

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 tussenvonnissen. 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 blijken 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 (ov. 2.7.5). In de overwegingen die volgen vindt men de Elzasser argumenten herhaald: Rotterdam moet als professionele havenexploitant toch baggeren. Die die kosten vallen de extra kosten van baggeren van MDPA-slib, ook in absolute zin genomen, in het niet (ov. 2.7.6 en 7). Wij zullen straks zien dat deze redenering haaks staat op hetgeen de rechtbank in haar tussenvonnissen van 1999 overwogen had; ik wil eerst nagaan hoe de bij eindvonnis gevolgde zienswijze zich verhoudt met de norm van de Hoge Raad zoals neergelegd in het *Kalimijnen*-arrest van 1988. Wat verstonden hof en Hoge Raad toen onder een ‘aanzienlijke bijdrage’ in de vaststelling van het onrechtmatig karakter van het handelen?

### 3. Het Rotterdamse vonnis vergeleken met het *Franse Kalimijnen*-arrest van 1988

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’ is 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% 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’.

Dat laatste is ontleend aan het standpunt van het Haagse hof; dat had namelijk overwogen:

‘6.4. Op grond van het in de vorige rechtsoverweging overwogene moet worden geoordeeld dat de kwekers door de zoutlozingen door MDPA een voortdurende en voorzienbare schade lijden, welke schade bepaald wordt door het aan MDPA toe te schrijven aandeel in het zoutgehalte van het voor de besproeiing te gebruiken water. Hierbij doet niet ter zake dat het boezemwater door natuurlijke oorzaken - zoute tong en zoute kwel - al een hoog zoutgehalte heeft en dat het aan MDPA toe te schrijven aandeel in vergelijking daarmee relatief gering is, nu dit aandeel op zichzelf niet als te verwaarlozen klein kan worden aangemerkt (ook indien het gemiddelde, zoals MDPA voorstaat, overeenkomstig het Battelle-rapport wordt berekend over de jaren 1975 - 1980, bedroeg dit voor Delfland 14,5 % en voor Schieland 8,8 %) en voorts de kwekers slechts vergoeding van de schade verlangen die wordt veroorzaakt door de toeneming van de zoutbelasting als gevolg van de zoutlozingen door MDPA.

Met betrekking tot de vraag of de schadelijdende tuinders de schade door verzilting van het water te dulden hadden als onderdeel van de normale bedrijfskosten – in de Rotterdamse procedure eveneens door de MDPA aangevoerd tegen het Havenbedrijf, en door de rechtbank van doorslaggevend belang geacht bij eindvonnis – neemt het hof het volgende standpunt in:

6.5. Omtrent de omvang van de schade die de kwekers als gevolg van de zoutlozingen door MDPA lijden, zijn nog geen exacte gegevens bekend geworden. De rechtbank heeft het aannemelijk geacht dat deze schade een omvang van betekenis heeft. MDPA heeft deze vaststelling als zodanig niet bestreden, doch zij heeft wel gesteld dat de kwekers door relatief niet ingrijpende maatregelen als regenwater- of andere ontziltingsinstallaties, waarvan de kosten tot de normale bedrijfskosten moeten worden gerekend, en die - zo begrijpt het hof het betoog van MDPA - toch al nodig zijn in verband met de aan andere oorzaken dan de zoutlozingen door MDPA toe te schrijven zoutbelasting, water van de door hen gewenste kwaliteit kunnen verkrijgen. De kennelijke strekking van dit betoog is mede - op de vraag of er causaal verband bestaat tussen de zoutlozingen door MDPA en de door de kwekers geleden schade komt het hof hieronder in rechtsoverweging 8 nog terug - dat de schade die de kwekers lijden, en daarmee hun belang, als betrekkelijk gering moet worden beschouwd, terwijl daartegenover staat dat MDPA door stopzetting van de zoutlozing gedwongen zou zijn de exploitatie van de mijnen geheel te staken en aldus in een zwaarwegend belang zou worden getroffen. Bij dit betoog verliest MDPA evenwel uit het oog dat, zoals hiervoor reeds is overwogen, in dit geding niet een bevel tot stopzetting van de zoutlozingen, maar vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade wordt gevorderd. MDPA is evenwel tot generlei schadevergoeding bereid. Indien het evenwel zo zou zijn - hetgeen niet vaststaat - dat MDPA door het betalen van schadevergoeding gedwongen zou zijn de exploitatie van de mijnen te staken, zou dit impliceren dat de mijnen slechts exploitabel zijn ten laste van degenen die daardoor schade lijden, hetgeen als zijnde een onaanvaardbare consequentie, bij een belangenafweging niet ten voordele van MDPA kan strekken.

6.6. MDPA heeft voorts nog naar voren gebracht dat voor de beantwoording van de vraag of zij in strijd met de zorgvuldigheid heeft gehandeld, mede van belang is dat de kwekers extreem zoutgevoelige gewassen telen in een gebied dat door andere dan aan MDPA toe te schrijven oorzaken al een aanmerkelijke zoutbelasting kent. Dit betoog gaat niet op. Immers, niet gesteld of gebleken is dat het om voor het betrokken gebied zo uitzonderlijke cultures gaat, dat daarmee bij de afweging van belangen van partijen niet of niet ten volle rekening behoort te worden gehouden. In dit verband verdient ook opmerking dat MDPA al evenmin heeft gesteld en ook niet anderszins is gebleken dat de teelt van minder zoutgevoelige gewassen rendabeler zou zijn dan de huidige cultures, zelfs indien bij dit laatste schade van de kwekers door de zoutlozingen van MDPA voor hun rekening zouden blijven.’

Wanneer wij deze jurisprudentie naast het Rotterdamse vonnis leggen, valt om te beginnen op dat het argument dat de gelaedeerde toch al maatregelen had moeten nemen om schade te beperken of te voorkomen, in het arrest over de zoutprocedure van 1988 verworpen wordt. Zie de laatst aangehaalde overwegingen van het hof met betrekking tot de normale bedrijfsvoering van de tuinders die vraagt om gebruik van ontziltingsinstallaties en het telen van minder zoutgevoelige gewassen, die door de cassatierechter onderschreven werden. Daarmee valt het argument over de commerciële exploitatie van de havens, de noodzaak tot baggeren die toch al bestaat en het kunnen afwentelen van de kosten, in het water. Het eindvonnis is dus op dit punt niet alleen in strijd met het tussenvonnis van 1999, maar ook met de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Wat de toepassing van de hindernorm betreft moet onderzocht worden of de lozingen van MDPA onder het criterium ‘relatief geringe, maar niet verwaarloosbaar kleine belasting’ te brengen zouden zijn. Het is natuurlijk een afweging, niet alleen van belangen maar van alle

omstandigheden van het geval. De Rotterdamse haven is een professioneel gevoerd bedrijf, maar dat geldt evenzeer voor MDPA. Het valt moeilijk in te zien dat een relatief geringe bijdrage tot bestaand baggerbezwaar die in absolute zin een kostenpost van ca. € 4,6 mln betekent, verwaarloosbaar zou moeten zijn. Het argument dat je nu eenmaal toch moet baggeren is immers terzijde gesteld; het gaat enkel om de extra kosten die door Rotterdam gemaakt worden.

In deze redenering werd uitgegaan van de gedachtengang van de rechtbank dat het hier om een slibbijdrage van minder dan 1% per jaar zou gaan. Dit uitgangspunt van de rechtbank is echter onjuist. Wanneer bij de vaststelling van het door MDPA veroorzaakte baggerbezwaar een juiste berekening was gemaakt, uitgaande van het Rijnslib in plaats van het totale slibbezwaar van Rotterdam, zou het percentage 5,1% bedragen, en niet minder dan 1% zoals door de rechtbank aangenomen werd.<sup>11</sup> Dan zou ook volgens de door de rechtbank in het eindvonnis gehanteerde maatstaven er sprake zijn van ernstige hinder, met de kwalificatie onrechtmatig handelen van MDPA tot gevolg.<sup>12</sup>

De vraag of er sprake is van ‘ernstige’ overlast, die tot het aannemen van onrechtmatige hinder leidt, heeft ook betrekking op de samenstelling van het geloosde slib. Nu is de rechtbank ervan uitgegaan, bij tussenvonnis en eindvonnis, dat het slib ‘schoon’ was. Naar mijn mening ten onrechte, indien men de uitkomst van het vrijwaringsincident naar waarde weet te schatten. Voor het tussenvonnis was dit een punt van enigszins ondergeschikt belang, aangezien de rechtbank al tot het standpunt gekomen was dat in beginsel van onrechtmatig handelen van MDPA sprake was gezien aard en omvang van de lozingen. Nu de rechtbank bij eindvonnis daar anders over denkt, is de kwaliteit van het MDPA-slib van groot belang geworden. Ook een geringe bijdrage van toxische stoffen aan het watermilieu kan immers een toereikende grondslag zijn voor het aannemen van onrechtmatig handelen van de veroorzaker. Dat vraagt om een uitwerking van dit onderwerp.

#### **4. De vervuiling van het MDPA-slib als een feit van algemene bekendheid. Dus geen ‘schoon’ slib in het geding**

Zoals hierboven bij de Inleiding besproken, is als gevolg van de vrijwaringsprocedure begin jaren '90 de vervuiling van het MDPA-slib thans niet meer aan de orde doordat Rotterdam dat element uit haar vordering gehaald had. Dat betrof overigens behalve de vervuiling afkomstig van derden (met name industrie in het Ruhrgebied: schadelijke stoffen die zich aan de kleideeltjes in suspensie hechtten gedurende het transport in de Rijn) ook een achtergrondconcentratie met cadmium en andere schadelijke stoffen die de klei bevatte.

---

<sup>11</sup> Immers:  $27.000 \text{ ton} / (500.000 + 27.000 \text{ ton}) = 5,1 \%$ . De rechtbank spreekt in ov. 2.7.6 er zelf van dat het om ‘*bovenstroomse* aanvoer van klei/slib’ gaat. In dezelfde alinea wordt van ‘totale baggerwerkzaamheden’ van Rotterdam gesproken, afgezet tegen de extra baggerwerkzaamheden als gevolg van MDPA-lozingen. Het kan dus alleen maar om Rijnslib gaan, en dan klopt de berekening van de rechtbank niet. Ik teken hierbij nog aan dat volgens de deskundigenberichten 50% van het Rijnslib in zee stroomt, en de havens dus passeert.

<sup>12</sup> In het tussenvonnis van 1999 had de rechtbank aangenomen dat het handelen van MDPA onrechtmatig was op grond van de cijfers van het deskundigenbericht uit 1993: 78 Kt droge stof, of 156.000 m<sup>3</sup> bagger. Volgens de rechtbank zou dit tot 2,4% baggerbezwaar leiden volgens Rotterdam, resp. 1,9% volgens MDPA. De laatste had overigens gepleit dat het baggerbezwaar slechts 0,5% van het totale baggerbezwaar in de havens was, en dus verwaarloosbaar. Dat heeft toen geen indruk op de rechtbank gemaakt, in tegenstelling tot de situatie bij eindvonnis, in 2008.



In de periode voorafgaand aan het eindvonnis heeft MDPA doen voorkomen dat het slib van MDPA dat in de havens van Rotterdam neerslaat geheel *schoon* is. De rechtbank gaat er bij het eindvonnis vermoedelijk ook van uit, maar wijdt er geen overweging aan. Nu had Rotterdam in deze fase van de procedure geen aandacht geschonken aan de kwaliteit van het Kalimijnen-slib, dat naar algemeen bekend is ernstig vervuild is wanneer het in de havens bezinkt.

Dit heeft tot gevolg dat bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van de kleilozingen door MDPA, dat wil zeggen de afweging van de aard, ernst en duur van de lozingen, de milieuvervuiling door de rechtbank geheel geen rol gespeeld heeft. Dat is ten onrechte, om de volgende redenen. Rotterdam heeft ervoor gekozen om het vervuilingselement uit haar vordering te halen, dat wil zeggen niet als *grondslag* van de vordering te hanteren, en evenmin bij de schadevaststelling te gebruiken (extra milieukosten in rekening te brengen). Daarmee is de Kalimijnen-klei niet schoon; de milieuvervuiling kan wel degelijk een rol spelen bij de bepaling van de onrechtmatigheidsvraag. Dat vraagt om een nadere toelichting.

Allereerst kan men zich afvragen hoe de rechtbank zich bij tussenvonnis hierover heeft uitgesproken. Dat gebeurde als volgt, al in de eerste overweging met betrekking tot de beoordeling van het geschil:

‘Aanvankelijk had Rotterdam, kort en zakelijk weergegeven, mede aan haar vordering ten grondslag gelegd dat de door MDPA geloosde klei cadmium bevat respectievelijk (zich het recht op een eisvermeerdering voorbehouden om) dat zich tijdens het transport door het Rijnwater aan de kleideeltjes in suspensie verontreinigingen hechten. In het kader van het vrijwaringsincident is namens Rotterdam in appel genoemd voorbehoud van rechten ingetrokken en verklaard dat zij in deze (hoofd)zaak "niet aan de orde zal stellen dat de door de Kalimijnen in de Rijn geloosde stoffen - eenvoudigheidshalve klei genoemd - van nature bepaalde verontreinigende stoffen, zoals onder meer cadmium, bevatten en dat de klei onderweg van het lozingspunt naar de Rotterdamse havenbekkens en na aankomst aldaar wordt verontreinigd door van derden afkomstige verontreinigende stoffen." De Hoge Raad heeft vervolgens overwogen dat het Hof deze verklaring, niet onbegrijpelijk, aldus heeft uitgelegd dat Rotterdam de door haar gestelde verontreiniging van de door MDPA geloosde klei in de – deze - hoofdzaak in het geheel niet meer aan haar vorderingen, met inbegrip van haar vordering tot vermindering van de lozingen, ten grondslag legt.

Tegen die achtergrond en gelet op hetgeen partijen op dat punt over en weer hebben gesteld moet er thans in dit geding van worden uitgegaan dat de door MDPA geloosde stoffen alleen bestaan uit klei-achtig materiaal, dat (vrijwel) gelijk van samenstelling is aan het van nature door erosie ontstane Rijnslib. Voor zover nodig betekent dat dat in het navolgende zowel de initiële, natuurlijke aanwezigheid van schadelijke stoffen als cadmium in die klei als de later aangekleefde verontreinigingen van welke herkomst ook weggedacht dienen te worden: de klei wordt met andere woorden, ook na sedimentatie in de havens en bij opbaggeren, geacht "schoon" te zijn.’(ov. 6.1).

De rechtbank gaat hier heel ver met het ‘wegdenken’ van de vervuiling van het MDPA-slib: bij het baggeren in de havens wordt het geacht ‘schoon’ te zijn. Ik denk dat de rechtbank de uitkomst van het vrijwaringsincident verkeerd heeft weergegeven. Daarvoor valt een argument te ontleen aan de wijze waarop in de vrijwaringsprocedure door Hof Den Haag en Hoge Raad over het vervuilingaspect gesproken wordt.

Het hof wijst op de akte die Rotterdam genomen heeft waarbij zij de reserve van rechten als geformuleerd onder 8 van de Inleidende dagvaarding teruggenomen heeft:

‘de Gemeente heeft ... in die akte verklaard dat zij “in die hoofdzaak mitsdien niet aan de orde zal stellen dat de door de Kalimijnen in de Rijn geloosde vaste stoffen – eenvoudigheidshalve klei genoemd – van nature bepaalde verontreinigende stoffen, zoals o.m. cadmium, bevatten en dat de klei onderweg van het lozingspunt naar de Rotterdamse havenbekkens en na aankomst aldaar wordt verontreinigd door van derden afkomstige verontreinigende stoffen”, en: “dat derhalve de gemeente in de hoofdzaak evenmin vergoeding zal vorderen van schade die door die van nature aanwezige of van derden afkomstige verontreinigingen is ontstaan”’(ov. 2).<sup>13</sup>

Dan volgt de essentie:

‘Nu de Gemeente – afgezien van vermindering en staking van de lozingen – nog slechts kosten vordert, die zij ook zou dienen te maken indien zich in de door MDPA in de Rijn geloosde klei geen verontreinigingen van nature voorkwamen of zich daaraan tijdens het verblijf in de rivier hadden gehecht, zal de rechtbank bij de behandeling van de hoofdzaak die eventuele meerdere kosten, voor zover deze in het thans nog gevorderde zouden zijn begrepen, naar mag worden verwacht, elimineren’ (ov. 5).

In cassatie geeft de Hoge Raad de volgende uitleg hieraan, in ov. 3.3:

3.3 [Deze klacht faalt.] ‘Het Hof heeft kennelijk de hiervoor in 3.1 onder (v) weergegeven verklaring van de Gemeente in de door haar genomen akte aldus begrepen dat de Gemeente de door haar gestelde verontreiniging van de door MDPA geloosde klei in de hoofdzaak in het geheel niet meer aan haar vorderingen, met inbegrip van haar vordering tot vermindering en staking van de lozingen, ten grondslag legt. Deze aan het Hof voorbehouden uitleg van het in appel door de Gemeente op dit punt ingenomen standpunt is niet onbegrijpelijk.’

Hieruit volgt dat de term ‘ten grondslag leggen’ uitgelegd moet worden zoals het hof dat deed: slechts de meerdere kosten, verbonden met het vervuild zijn van het slib, worden ‘geëlimineerd’. Op geen enkele wijze wordt hierbij aangenomen, door cassatierechter noch hof, dat het slib daadwerkelijk *schoon* zou zijn. Dat hoeft de lagere rechter in de hoofdzaak, de Rechtbank Rotterdam, evenmin te doen. Sterker nog, dat mag de rechtbank niet doen.

Intussen is minstens zo interessant dat MDPA bij de instelling van de vrijwaringsprocedure er zonder meer van is uitgegaan dat de door haar geloosde klei door toedoen van die bedrijven ernstig vervuild is geraakt tijdens het Rijntransport. Zij stelde daarbij dat ‘de door haar geloosde klei met die zware metalen wordt verontreinigd’ zodat zij er belang bij heeft indien zij voor de aan de lozingen van zware metalen toe te rekenen kosten aansprakelijk wordt geoordeeld, zich op die ondernemingen te kunnen verhalen. De vrees bestaat bij MDPA dat Rotterdam zich zal blijven beroepen op de omstandigheid ‘dat het havenslib in feite vervuild is’ en daarom in de Slufter moet worden opgeslagen.<sup>14</sup>

Aldus is afdoende vastgesteld dat voor alle betrokken partijen de vervuiling van het MDPA-slib met giftige stoffen ten tijde van de neerslag in de Rotterdamse havens een feit is. Daarmee is het voor de rechtbank een notoir feit geworden, een feit van algemene bekendheid, in de categorie: ‘Met gladde banden is de remweg van een auto aanzienlijk langer’; dat is wetenschappelijk vastgesteld, met remproeven. Of, als men het kanslement

<sup>13</sup> Ov. 2. Deze passage werd, zoals wij zagen, letterlijk geciteerd door de rechtbank in het tussenvonnissen 1999, in ov. 6.1.

<sup>14</sup> Zie arrest Hoge Raad inzake vrijwaring van 28 april 1995, onder nr. 3.

erbij betreft: ‘Als het regent bij lage temperatuur is er slipgevaar’ (de zetduivel maakte hier eerst ‘slibgevaar’ van).<sup>15</sup> Het feit dat de Kalimijnen-klei vervuild is kan niet weggepoetst worden nu Rotterdam de vervuilingskosten om haar moverende redenen niet in rekening brengt als extra kosten van de baggerwerkzaamheden. Dat heeft betrekking op de fase van vaststelling van de schade-omvang, en niet de eraan voorafgaande fase van vaststelling van aansprakelijkheid.

De conclusie is derhalve gerechtvaardigd dat de rechtbank in haar eindvonnis bij de beoordeling van het onrechtmatig karakter van de kleilozingen door MDPA, aard, ernst en duur van de hinder, het element van milieuvervuiling had moeten betrekken. Dat betekent dat ook een klein percentage toegevoegde stof, indien toxisch, ernstige gevolgen kan hebben die schade veroorzaakt (ook al wordt die specifieke schade slechts in beperkte mate berekend en in rekening gebracht aan de veroorzaker, namelijk zònder de milieukosten).

Tenslotte, de rechtbank geeft in haar tussenvonnis van 1999 het standpunt van Rotterdam met betrekking tot het vervuild zijn van het MDPA-slib als volgt weer:

‘de omstandigheid dat Rotterdam geen schade samenhangend met de verontreiniging meer vordert neemt niet weg dat het slib verontreinigd is (zowel door van nature daarin voorkomend cadmium als door onderweg in de Rijn aangekleefde stoffen) zodat het niet in zee of op land gestort mag worden’.<sup>16</sup>

## **5. De vaststelling van het slibbezwaar afkomstig van MDPA. Kansberekening in plaats van gemiddelde hoeveelheid slib per jaar**

Zoals gezegd ging de rechtbank in het eindvonnis uit van de conclusie uit het tweede deskundigenbericht ten aanzien van de omvang van het MDPA-slib in de havens, door haar omschreven als: ‘het gemiddelde van 27.000 ton per jaar voor de gehele periode 1961 tot en met 2004’ (ov. 2.7.3). Eerder had de rechtbank nog gesproken van ‘de mediaan van de kansverdeling (zijnde 27.000 ton)’, en van de ‘verwachtingswaarde die 27.000 ton heeft bedragen’ (ov. 2.3). Wanneer de onrechtmatigheidsvraag beantwoord moet worden is duidelijk dat de rechtbank van mening is dat het hier om een gemiddelde gaat zoals dat in de spreektaal gehanteerd wordt (ov.2.7.4 e.v.).

Hierbij werd door de rechtbank echter uit het oog verloren dat hier een statistisch gemiddelde van een geheel ander karakter aan de orde is: het getal van 27.000 ton stof per jaar zoals neergelegd in het tweede deskundigenbericht had betrekking op een *kansberekening*, ‘met een marge van 50% meer (of minder)’. Het geeft geen gemiddelde jaarlijkse hoeveelheid slibsediment aangeeft, zoals de rechtbank meende.

In 1999 had Rotterdam tegenover de rechtbank gesproken van een ‘statistisch gemiddelde’; het lijkt geen toeval dat de rechtbank in haar tussenvonnis het woord ‘gemiddelde’ tussen aanhalingstekens gezet heeft. Ook werd toen gezegd, bij de samenvatting van het eerste deskundigenbericht door de rechtbank, dat de aanslibbing een ‘Gaussische verdeling vertoont rond de verwachtingswaarde’. Omdat het om een meting in de natuur gaat, moet de berekende

<sup>15</sup> Bewijsrechtelijk betekent dit dat een dergelijk feit (notoir, de rechter bekend) niet vastgesteld hoeft te worden door de partij die zich daarop beroept. In ons geval: Rotterdam. Zie Veegens-Wiersma, *Het nieuwe bewijsrecht*, 1973, p. ...., met voorbeelden.

<sup>16</sup> Ov. 5.1, slot. Zie ook: ov. 6.1 en 6.4.1. In de laatste overweging wordt samenvattend gesproken over ‘slibmateriaal van op zichzelf natuurlijke samenstelling’, in de eerder bedoelde zin. Door MDPA wordt dit echter uit zijn verband gehaald, en letterlijk genomen: het is dus ‘schoon’.

slibvracht als ‘best guess’ worden opgevat, ‘met een zekere marge van onzekerheid’, zo haalde de rechtbank het eerste deskundigenbericht aan (ov. 6.5.1).

Bij het eindvonnis is weinig meer te merken van die visie op de berekeningen van de deskundigen. Ik zal in het tweede deel van dit artikel uitvoeriger op deze materie ingaan, maar wil nu vast dit misverstand, met grote gevolgen, kort toelichten.

Wat bedoelen wij met een ‘gemiddelde’? De taal speelt de mens vaak parten, de jurist of rechter is daarop geen uitzondering. Het woord ‘gemiddelde’ kan op een aantal manieren opgevat worden. In het gewone spraakgebruik wordt daarmee bedoeld dat een bepaalde hoeveelheid of maat het gemiddelde is, zoals leeftijd, lengte, afstand, temperatuur, etc. ‘In de maand februari is de gemiddelde dagtemperatuur 7 gr. C’, kon men de weerman van het TV-nieuws dagelijks horen zeggen. Als het om kansberekening gaat, en een ‘gemiddelde’ genoemd wordt, hebben wij het echter over iets heel anders. Het gaat om een ‘verwachtingswaarde’ – ook weer verwarrend, met die weersverwachting – het is de *mediaan van de kanswaarde*. Daarmee wordt een bepaalde onzekerheid aangegeven. In het deskundigenbericht van 1993 was de conclusie dat het slibbezwaar van de Kalimijnen een mediaan van 78.000 ton had, dat wil zeggen een kans van 50% dat dit groter was dan 78.000.

In het tweede deskundigenbericht uit 2006/2007 is eveneens sprake van kansberekening; de opdracht was om met behulp van nieuwe wetenschappelijke gegevens (met name ten aanzien van slibtransport in het algemeen, en op de Rijn in het bijzonder) de analyse uit 1993 aan een nieuw onderzoek te onderwerpen. De mediaan werd toen bijgesteld tot 27.000 ton.

Het is mijns inziens zonneklaar dat de rechtbank in haar eindvonnis heeft laten blijken de uitkomsten van het deskundigenbericht verkeerd opgevat te hebben, en is uitgegaan van een ‘gemiddelde’ van de weerman, om ons voorbeeld weer te nemen. De rechtbank werd krachtig op dat verkeerde been gezet door MDPA, en men kan achteraf constateren dat Rotterdam te weinig weerwerk geleverd heeft om onheil te voorkomen. Enerzijds liet men zich teveel op sleeptouw nemen door argumentatie van MDPA die om weerlegging vroeg (heel begrijpelijk, overigens), maar dat ging ten koste van het scheppen van een helder beeld over de kansberekening die hier aan de orde is. Er werd wel, haast terloops, op gewezen maar dat ging ten onder in het debat dat MDPA opgezet had, en naar zich toegetrokken had. Vermoedelijk in het besef dat de rechter wel eens weinig kaas gegeten zou kunnen hebben van kansberekening, en dat is uitgekomen.

Het bovenstaande is van groot belang, zowel voor de aansprakelijkheidsvraag als de vaststelling van de schade. De *kans* op schade is een relevante toerekeningsfactor voor aansprakelijkheid, evenals voor de schadebepaling. Het recht inzake verkeersaansprakelijkheid, en gevaarssituaties in het algemeen, de produktenaansprakelijkheid en medisch aansprakelijkheid geven talloze voorbeelden hiervan.

Dit thema zal ik in mijn vervolgartikel nog uitwerken, op beide terreinen: de aansprakelijkheidsfase en de schadefase. Onzekerheid over de hoegrootheid van de kans wordt de dader toegerekend; dat ligt in diens risicosfeer. Die benadering komt men ook bij de causaliteit tegen, ook buiten de specifieke gebieden van risico-aansprakelijkheid.

Het is overigens hoogst waarschijnlijk dat bij toepassing van het bovenstaande bij de schadeberekening de *absolute* schadecijfers (die immers afgezet werden tegen de relatieve cijfers, de lage percentages) aanmerkelijk hoger zullen uitvallen dan de € 4,6 mln die Rotterdam berekend had en waarvan de rechtbank is uitgegaan.

## **6. Overige argumenten in uit het eindvonnis die in strijd zijn met uitgangspunten van tussenvonnis**

Het eindvonnis van de rechtbank kan ook op andere punten de toets der kritiek niet doorstaan. Hier volgen enkele bezwaren die grotendeels van procesrechtelijke aard zijn, aangezien gesteld kan worden dat de rechtbank ten onrechte is afgeweken van het tussenvonnis uit 1999, dan wel die afwijking niet of onvoldoende gemotiveerd heeft. Ik geef die punten hier kort aan.

De rechtbank is van oordeel dat het feit dat het lozen door MDPA is gebeurd conform een vergunning terzake verleend door de Franse overheid, in het voordeel van de Kalimijnen zou zijn, zie: ov. 2.7.10. Dat is in strijd met hetgeen door de rechtbank bij tussenvonnis in 1999 geoordeeld werd in ov. 6.8. Dat laatste is in overeenstemming met de vaste jurisprudentie, nota bene blijkend uit het *Kalimijnen*-arrest van 1988.<sup>17</sup>

In dezelfde overweging van de rechtbank, ov. 2.7.10, staat een merkwaardige opmerking: dat het eveneens in het voordeel van MDPA is dat zij al vanaf de jaren '30 de lozingen heeft verricht.

In het tussenvonnis werd dat argument van de Kalimijnen door de rechtbank terzijde gelegd, met kracht van argumenten, zoals: de Rotterdamse haven bestond toen reeds, uitbreiding en verdieping van de havens was redelijkerwijze te voorzien voor MDPA. Zie: ov. 6.7.1 e.v. (1999).

Eveneens is onbegrijpelijk in het eindvonnis de overweging dat van belang is, en wederom in het voordeel van MDPA, dat inmiddels de lozingen gestaakt zijn, ov. 2.7.10, laatste alinea. Ik begrijp overigens dat er een grote hoeveelheid slib door de Kalimijnen op land is opgeslagen, en mogelijk nog geloosd kan worden in de toekomst.

Tenslotte is de zinsnede in de overweging van de rechtbank dat 'niet op voorhand aannemelijk is dat alle havendelen ook daadwerkelijk elk jaar uitgebaggerd worden' zonder toelichting onbegrijpelijk. Het tegengestelde is eerder 'aannemelijk'. Het is geen voorwerp van discussie tussen partijen geweest en kon derhalve door de rechtbank niet als vaststaand feit aangenomen worden.

*(wordt vervolgd)*

---

<sup>17</sup> Zie ook mijn noot onder dat arrest, *TMA* 1989, p.28 e.v.