

*[“Kostenverhaal Bodemsanering. Afrekenen met het verleden, investeren in de toekomst?”,
Red. J.M. van Dunné c.s., Den Haag: SDU Uitgevers, 2008, pp.83-118]*

5 Kostenverhaal uit onrechtmatige daad, ex art. 75 lid 6 Wbb. De balans opgemaakt van het gebruik van burgerlijk recht bij bodemsanering en kostenverhaal

J.M. van Dunné

5.1 Inleiding.

5.1.1 De uitgangspunten van de wetgever sinds de jaren zeventig: ernstige bodemverontreiniging aanpakken door aansprakelijkstelling van de vervuiler met de civiele actie uit onrechtmatige daad

Bodem is een kostbaar bezit voor ieder land, zeker voor een dichtbevolkt land als het onze. In onze historie is de zee altijd de grootste natuurlijke vijand van de bodem geweest, met als goede tweede het wassende water van de rivieren. Het is nog maar van betrekkelijk korte datum, ongeveer één generatie, dat wij ons ervan bewust geworden zijn dat er nog een ander gevaar de bodem bedreigt: de grootschalige vervuiling ervan als de erfenis van een industrieel verleden. Met de Lekkerkerk-affaire werd het bewustzijn als door een shock-therapie bij de tijd gebracht, en toen ging het snel met de ontwikkeling van het denken erover. Aldus werd ook aan het prille milieurecht bestaansrecht gegeven, want zoals bekend is het recht dienstbaar aan de samenleving en volgt het de maatschappelijke ontwikkelingen. Dat gold ook de privaatrechtelijke variant van milieurecht, het aansprakelijkheidsrecht toegepast bij milieuschade die voor vergoeding in aanmerking kwam. Maar laat ik niet op de ontwikkelingen vooruitlopen.

Er was in die jaren zeventig grote maatschappelijke, en dus politieke verontrusting ontstaan over met chemische stoffen zwaar vervuilde bodem, een vervuiling die als een tijdbom tikte en onschadelijk gemaakt moest worden. De toenmalige minister van VROM, Winsemius, heeft het grote bedrijfsleven benaderd met het voorstel om een gezamenlijk fonds te stichten ter bestrijding van de saneringskosten. Het bedrijfsleven had immers het probleem ooit veroorzaakt (wij wisten toen nog niet dat het oudste Nederlandse bedrijf, en eerste multinational ter wereld, de VOC, ook tot de grote bodemvervuilers behoort heeft). Dat overleg liep op niets uit, aangezien het bedrijfsleven zich op het standpunt stelde dat ‘de goeden niet onder de kwaden moeten lijden’. Het ging niet aan om het bedrijfsleven collectief verantwoordelijk te houden voor de bodemverontreiniging in ons land. In een concrete situatie moest de daadwerkelijke vervuiler maar betalen, zo niet goedschiks, dan kwaadschiks, door middel van procedures waarbij de vervuilende bedrijven aansprakelijk gesteld zouden worden.

Het parlement heeft dat standpunt overgenomen, waarbij een befaamde uitspraak van CDA-senator Wagemakers dat ‘de bokken van de schapen gescheiden moesten worden’ de ronde deed. Bedrijven die zich wel aan de wet gehouden hadden behoorden niet belast te worden en met milieukosten veroorzaakt door malafide bedrijven. De wetgever kwam daarop met de instelling van een verhaalsmogelijkheid, aanvankelijk in de Interimwet bodemsanering (Ibs)

en vervolgens in de Wet bodembescherming (Wbb) neergelegd.¹ De burgerlijke rechter werd aldus ingeschakeld, die vorderingen gebaseerd op onrechtmatige daad moest beoordelen.

Ik vermeld deze voorgeschiedenis om een paar redenen. Allereerst weten nog weinigen hiervan, zowel wat het fondsplan betreft als de opdracht van het parlement aan VROM om de saneringskosten op vervuilers te verhalen, zo nodig via gerechtelijke procedures. Dat laatste leert meteen al dat de zienswijze ‘dat VROM door middel van procedures probeert zijn begroting rond te krijgen’ – een veel gehoorde mening in ondernemersland en daaraan gelieerde advocatuur – tot het rijk der fabelen verwezen moet worden. Het eerste is van belang nu de idee van een op te richten fonds weer de ronde doet, dat overigens opnieuw met grote argwaan door het bedrijfsleven beschouwd wordt.

Met die wettelijke regeling kwam intussen het privaatrecht, in het bijzonder het onrechtmatige daadsrecht, tegenwoordig beter bekend als aansprakelijkheidsrecht volop in de schijnwerpers te staan (met het verrijktingsrecht nog op de achtergrond, als een Doornroosje dat nog niet gewekt was). Het burgerlijk recht vormde daarmee een belangrijke aanvulling op het milieurecht dat tevoren voornamelijk door het bestuursrecht beheerst werd, en in beperkte mate het strafrecht. Zoals wij nog zullen zien, met alle gevolgen van dien.

Het parlement had op de hier beschreven wijze inhoud gegeven aan het Europese *Polluter Pays Principle*, bij ons vertaald als: ‘de vervuiler betaalt’. Geen Haags beginsel dus, zoals menig bedrijfsjurist indertijd meende, maar een Europees beginsel. Wel was typisch Nederlands dat eerst de bodem gesaneerd, en naderhand kostenverhaal gezocht werd. Het Nederlandse beleid week op dit punt af van dat in onze buurlanden, en zelfs van dat in de Verenigde Staten in die tijd, waar men met het *Super Fund* wel wereldwijd aandacht trok. In veel opzichten speelde ons land een pioniersrol; de saneringswaarden die ontwikkeld werden – toegegeven, met de natte vinger gedaan – de zogenaamde A-, B-, C-waarden, vonden breed navolging in Europa, van Duitsland tot Oostenrijk, Frankrijk, etc., al was dat *faute de mieux*. Ik heb mij wel eens laten uitleggen dat de samenstelling van de grond bij ons veel gevoeliger voor toxische verontreiniging is dan iets oostelijker, in Duitsland, het geval is zodat ingrijpen rond onze vuilstortplaatsen bijvoorbeeld veel hogere prioriteit moest hebben dan elders in Europa. En dan hebben wij het nog niet over de invloed van het (diepe) grondwater op de verspreiding van verontreiniging in de bodem, of de problematiek van de vaak dunne kleilaag die het schone grondwater voor vervuiling beschermt, maar die deze functie verliest wanneer die laag doorboord is als gevolg van industriële activiteiten. Met dramatische, en vaak moeilijk herstelbare of zelfs onherstelbare gevolgen voor het bodemmilieu en drinkwaterproductie.

De vaderlandse overheid had dus al in de jaren zeventig bedacht dat het beter was om de daad bij het woord te voegen: eerst de handen uit de mouwen te steken en ernstige industriële bodemvervuiling opruimen en later bezien of de voorfinanciering van dat werk op de veroorzakers verhaald kan worden. Hierbij kwam het woord ‘sanering’ in roulatie, met ‘bodemsanering’ als nieuwe combinatie. Met dat laatste kwam ook de term ‘kostenverhaal’ in omloop en kreeg een eigen lading. Aldus werd van 1981 tot 2005 ruim 3 miljard euro aan bodemsanering besteed door de overheid. Maar wat is uitgekomen van het voornemen om de rekening daarvan bij de veroorzakers te leggen?

Begin 2008 heeft de Tweede Kamer met het departement van VROM de balans opgemaakt in een Evaluatie Kostenverhaal bodemsanering, en dat viel niet bepaald mee.² Er was in totaal

¹ In de bijdrage van Braams aan dit boek wordt deze wetsgeschiedenis aan de orde gesteld, culminerend in art. 75 lid 6 Wbb, waarnaar ik verwijst.

maar zo'n 60 miljoen euro opgehaald bij de vervuilers, dat is een schamele 2% van de uitgegeven saneringskosten. Het goede nieuws was dat er voor ruim 1 miljard in eigen beheer gesaneerd was, maar het blijft al met al een moeilijk te verteren uitkomst. Daar kwam nog meer slecht nieuws bij: de Algemene Rekenkamer had in 2007 gerapporteerd dat wanneer VROM zijn doelstelling wil halen om in 2015 alle spoedeisende locaties gesaneerd te hebben er een tekort aan middelen dreigt van € 900 miljoen.³ Nu had de overheid het bedrijfsleven de afgelopen jaren al aangesproken voor een bijdrage aan de financiering van de sanering van 50% (de 'Bedrijvenregeling'), maar die zou naar 75% moeten, volgens de Rekenkamer.⁴ Dat viel in ondernemingsland niet in goede aarde, zal men begrijpen.

Om een idee te krijgen van de omvang van de problematiek: er zijn 6500 spoedeisende locaties, waarbij vaak ook van gezondheidsrisico's sprake is, van de vele honderduizenden gevallen van bodemvervuiling die bekend zijn.⁵

5.1.2. *De balans opmaken*

Hoe is het zover kunnen komen dat de bodemsanering vrijwel geheel uit de algemene middelen betaald is, en de bedrijven die de grootschalige vervuiling veroorzaakt hebben nagenoeg ongemoeid gelaten zijn? Heeft de onrechtmatige daad als instrument gefaald? Of heeft de toepassing daarvan gefaald, en waar lag dat dan aan?

Mijn antwoord hierop, als civilist en milieurechtjurist, is dat met het instrument op zich niets mis is, maar dat de toepassing niet deugde, met name zoals dit door de Staat, bij monde van de landsadvocaat, de Advocaat-Generaal en tenslotte de Hoge Raad gedaan werd. Bovendien werd de rechtsvraag volkomen in de politieke sfeer getrokken, waarbij de Hoge Raad de zijde van het benarde bedrijfsleven gekozen heeft, op nauwelijks verhulde wijze (met de arresten van 30 september 1994 inzake Shell, Philips-Duphar en Fasson). De wetgever die dit echech trachtte te repareren, is vervolgens halfslachtig bezig geweest, maar dat had op zich niet tot zulke slechte resultaten voor de Staat hoeven te leiden. Het grote bedrijfsleven is veel professioneler bezig geweest dan de overheid, met lobbyen, publicaties, etc. Dat vereist enige toelichting.

Bij een Evaluatie kostenverhaal bodemsanering zoals in de laatste jaren door het parlement en VROM in gang gezet hoort het opmaken van een balans, dat wil zeggen de plus- en minpunten aangeven. In dit artikel wordt een kritische analyse gegeven van de wijze waarop de overheid te kort geschoten is om het doel dat voor de bodemsaneringactie gesteld werd ook maar enigszins te bereiken. Zoals altijd, strekt deze exercitie tot lering voor de toekomst, de *value* die bij een evaluatie aan het licht kan komen.

² Zie de Kamerbrief van 4 jan. 2008, TK 30015, nr.20, besproken in het Voortgangsoverleg Vaste Kamercommissie van VROM op 17 jan. 2008. Bij de januari-brief horen de evaluatie-bijlagen *Hoofddlijnennotitie Kostenverhaal 2007* (BLG14472) en *Evaluatieverslag Kostenverhaal 2007* (BLG144173). Er was ook sprake van een haalbaarheidsonderzoek naar een alternatieve vorm van financiering (Fonds bodemsanering) en discussie met het bedrijfsleven daarover, zie TK 30015, nr. 21. Voor deze materie verwijs ik naar de bijdrage van P.H. van den Brandhof elders in dit boek.

³ *Voortgang bodemsanering. Terugblik 2007. Het onderzoek van de Algemene Rekenkamer naar het bodemsaneringsbeleid van VROM*, februari 2007. Het voorafgaande rapport is van 2005: *Voortgang Bodemsanering 2005*, vgl. ook: TK 2005-2006, 30015, nr.2, p.22. Zie voor dit onderwerp de bijdrage van P. Zevenbergen aan dit boek.

⁴ De Bedrijvenregeling was in overleg met VNO/NCW en MKB tot stand gekomen, evenals de oprichting van het Bodemcentrum voor de MKB-problematiek. Begin 2008 hebben ca. 9.000 bedrijven zich aangemeld voor de Bedrijvenregeling (van een doelgroep van ca. 11.000 bedrijven). Hierbij gaat het naar schatting om ca. 6.000 verontreinigingen van voor 1975. Zie over dit onderwerp uitvoeriger de eerder genoemde bijdrage van Van den Brandhof.

⁵ Zie eveneens laatstgenoemde bijdrage.

5.2 Over welke bodemvervuiling hebben wij het eigenlijk? Wat voor kennis hadden de bedrijven in die tijd over gevaren van in de bodem gebrachte stoffen en wetgeving daarover?

5.2.1 Van Gouderak tot Total

Nog als inleiding tot de materie het volgende. Zoals gezegd, is er van het oorspronkelijke plan: 'haal het maar bij de kwaadwilligen', weinig terecht gekomen, ook al ging het om bodemvervuiling van zo'n enorme omvang dat de gewone burger daarbij alleen maar aan criminele praktijken kon denken. Om de gedachten te bepalen, in de gevallen waarbij de Hoge Raad in de standaardarresten van 1994 het bedrijfsleven vrijuit liet gaan, ging het om:

Shell-zaak: 15.000 kg 'drins' (bestrijdingsmiddelen), sommige daarvan, zoals Endrin, in een verdunning van 1:1 miljard dodelijk voor elke vorm van leven, eind jaren '50 ter stort gegeven op een terrein in Gouderak met bestemming woningbouw.

Philips-Duphar-zaak: 10.000 vaten van 200 liter (veelal open) met o.m. chloorbenzenen en -fenolen, dioxine, en lindaan gestort in de Volgermeerpolder, eerste helft jaren '60. Afkomstig van productie van ontbladeringsmiddelen voor Vietnam.

Fasson-zaak: 7.000 vaten met benzeen, toluen en xyleen (resten van lijmproductie) begin jaren '70 in zandafgraving bij Lunteren gestort.

Meer recente zaken uit 2001 en 2002, waarbij de hoogste rechter de gewijzigde wet Wbb in het voordeel van de vervuilers uitlegde, in flagrante strijd met de wetsgeschiedenis, hadden betrekking op:

Akzo-zaak: 5.500 ton HCH, hexachloorcyclohexaan, afval van de productie van de insecticide 'Lindaan' in de jaren '50 en '60 op het terrein bij Almelo opgeslagen als een berg van 15 m hoog, de 'HCH-berg', die bij wind tot verstuiwing leidde in de wijde omgeving. Zeer giftige stof: 2 gr. HCH is dodelijk voor een mens van 100 kg; HCH wordt met lindaan in EG-richtlijn van 1967 genoemd als gevaarlijke stof.

Total-zaak: bodemvervuiling van een opslagterrein van olieproducten in Almelo, 2 bovengrondse en 23 ondergrondse opslagtanks, in de periode van 1969 tot 1976.

Op het eerste gezicht is al vrij onaannemelijk dat dergelijke stortingen, c.q. opslag van hoogst gevaarlijke stoffen op locaties die daarvoor niet ingericht waren in een beschaafd en ontwikkeld land, ook wat het recht betreft, rechtmatig zouden zijn als niet in strijd met het geschreven en ongeschreven recht. Dat is ook niet het geval, zoals hieronder nog uiteengezet zal worden; de gewone burger met zijn eenvoudig rechtsgevoel heeft dus gelijk dat dit in een fatsoenlijk land niet door de beugel kan.

Het zal duidelijk zijn dat wanneer men ongeschreven rechtsnormen – handelen zoals maatschappelijk zorgvuldig is – niet al te hoog in het vaandel heeft, het bestaan van *geschreven* rechtsnormen, *wettelijke* normen de doorslag geven. Dit om het eenvoudig te houden. Immers, zodra ongeschreven normen in rechtspraak vastgelegd zijn en daarmee jurisprudentie worden, zijn het in wezen geschreven normen geworden. Maar dat terzijde.

Wanneer men de handelwijze van bedrijven bij het zich ontdoen van zwaar giftig afval toetst aan de kennis die bij die bedrijven aanwezig is over de (on)rechtmatigheid van hun handelen ligt het voor de hand om het bestaan van wettelijke normen, voorop te stellen: een wetgever die zich de zorg om het bodemmilieu aantrekt vanwege de schade de daaraan toegebracht kan

worden. Dit vanwege de betekenis die door de hoogste rechter gehecht werd aan het bekend zijn met het belang van de Staat bij het voorkomen van bodemvervuiling en de daarmee samenhangende sanering(skosten). Daarin is naar mijn mening de Staat, en degene die voor hem opgetreden is: de landsadvocaat, in opvallende wijze tekortgeschoten. Dat geldt ook het OM, de Advocaat-Generaal in zijn conclusies. De vervuilende bedrijven, tot schadevergoeding aangesproken, konden al te gemakkelijk wegkomen met het verweer dat in de jaren vijftig en zestig, begin zeventig, ‘het milieu nog niet uitgevonden was’, met name niet door de Staat. Dat is aantoonbaar niet het geval, de wetgever heeft zich in die tijd op allerlei wijze de kwaliteit van het bodemmilieu aangetrokken, en soms de Wet Economische Delicten op het zich onrechtmatig ontdoen van afvalstoffen van toepassing verklaard. De Staat heeft verzuimd om die informatie in stelling te brengen en heeft zo het de Hoge Raad eenvoudiger gemaakt om de koers te varen die hij volgde, overigens meestal haaks op wat de rechters in feitelijke instantie, ook gerechtshoven, beslist hadden.

Om dat aan te tonen laat ik hier een overzicht volgen van hetgeen een doorsnee ondernemer die met chemische stoffen bezig is als kennis in huis had, althans kon hebben, en dus behoorde te hebben. Wij hebben het dus niet over de krantenlezer die geen toluen van een benzeen kan onderscheiden, maar over bedrijven die ook hun werknemers tegen de gevaren van die stoffen op het werk moesten beschermen, en die de wetgeving, al of niet via hun branchevereniging volgden. Naar mate het bedrijf groter is, kan men een grotere kennis verwachten.

In het bestek van dit artikel geef ik een samenvatting van de wetgeving op dit gebied, met een uitvoeriger exposé in een Bijlage, terwijl ik mij beperk tot de bestrijdingsmiddelen- en hinderwetgeving die in de bovengenoemde procedures aan de orde was. Wat het eerste onderwerp betreft heb ik dat al in het *NJB* van 1994 beschreven, als reactie op de arresten van 1994, en daarna in mijn boek *Verbintenissenrecht*. Het laatste onderwerp, hinderwetgeving, is ook eerder in *TMA* door mij aan de orde gesteld, in 2007.

5.2.2 *Welke kennis was bij bedrijven aanwezig over gevaren van stoffen voor het bodemmilieu, voor 1975?*

Bestrijdingsmiddelenwetgeving

Wetgeving op het gebied van bestrijdingsmiddelen begint met de Warenwet van 1935, waarin ter bescherming van de volksgezondheid voorschriften neergelegd zijn voornamelijk gericht op feitelijke gebruikers, bij het omgaan met *resten* van bestrijdingsmiddelen (Algemeen Besluit). In 1947 volgt de Wet op de bestrijdingsmiddelen en meststoffen, met het daarop gebaseerde Bestrijdingsmiddelenbesluit 1948, om de deugdelijkheid van de middelen te bevorderen. In 1950 volgt het Landbouwveiligheidsbesluit, gebaseerd op de Veiligheidswet 1934, dat o.m. het omgaan en de opslag van giftige stoffen betreft, ter bescherming van arbeiders werkzaam in de landbouw. Medio 1960 verschijnt het ontwerp Bestrijdingsmiddelenwet, de wet verschijnt in 1962 in het *Staatsblad* en wordt in 1964 van kracht.

In de MvT wordt als ratio voor de nieuwe wet gegeven, het tekortschieten van bestaande wetgeving ten aanzien van onder meer ‘het niet opruimen van gemorste stoffen en de dikwijls aan onverschilligheid grenzende wijze van opbergen’, hetgeen reeds slachtoffers gemaakt heeft, ook onder kinderen. Gevaren kunnen ontstaan, vervolgen de ontwerpers, voor willekeurige personen ‘wanneer zij aan een sproeiwolk worden blootgesteld of in aanraking komen met kort tevoren bespoten gewassen’. Ook wordt gewezen op mogelijke ‘grote gevaren voor de volksgezondheid’; het verbod wordt mogelijk gemaakt van bepaalde

bestrijdingsmiddelen ter bescherming van waterwinplaatsen ten behoeve van de drinkwatervoorziening.

Art. 13 lid 2, houdt het verbod in gebruikte verpakkingen of resten van al of niet verdunde bestrijdingsmiddelen op zodanige wijze te verwijderen dat zij:

- a. in enig oppervlaktewater geraken of kunnen geraken;
- b. in de bodem van een waterwingebied geraken of kunnen geraken ...;
- c. op of langs de openbare weg geraken of kunnen geraken.

Lid 3 luidt als volgt:

‘Een ieder is verplicht ten aanzien van bestrijdingsmiddelen, resten van bestrijdingsmiddelen en ledige verpakkingen:

- a. zodanige zorgvuldigheid in acht te nemen dat geen gevaar ontstaat voor de mens dan wel, voor dieren of planten welke instandhouding gewenst is *of voor grond of water*, en
- b. overigens op zodanige zorgvuldigheid in acht te nemen als redelijkerwijze van hem kan worden verlangd om te voorkomen dat schade wordt toegebracht aan planten of delen van planten, welke aan anderen toebehoren’ (mijn curs.).

Op niet-nakoming van dit 3e lid is een strafsanctie gesteld, art. 23, waarop de WED van toepassing is.

Art.13 van deze wet geeft in lid 1 de mogelijkheid van het bij AmvB uitvaardigen van voorschriften over onder meer het vervoer en het verwijderen en vernietigen van bestrijdingsmiddelen. In het Bestrijdingsmiddelenbesluit 1964 wordt hieraan uitvoering gegeven. In art. 8 daarvan wordt verboden om bestrijdingsmiddelen, resten ervan of ongereinigde verpakkingen anders te bewaren dan in een uitsluitend voor dit doel gebezigde bewaarplaats, welke voldoet aan in het besluit nader gestelde vereisten.

Hieruit blijkt dat het gevaar van bestrijdingsmiddelen voor de volksgezondheid en het milieu voor de producent die de acties van de wetgever in de jaren vijftig en zestig volgt, volstrekt duidelijk geweest is. Dit heeft tot gevolg dat het handelen van Shell en Duphar, het op zo’n grote schaal resten van bestrijdingsmiddelen ter stort mee te geven, te kwalificeren valt als het handelen in strijd met een wettelijke plicht, nog wel met een strafsanctie die daarop gesteld is.

Overige wetgeving: Hinderwet, gevaarlijke stoffen, oppervlaktewateren

Het beeld van de legislatieve arbeid op milieugebied in de jaren zestig kan nog aangevuld worden. De Hinderwet (1952) stond sinds 1960 al in het teken van de bescherming van het milieu, waarbij de *bodembescherming* uitdrukkelijk voorwerp van wetgeving was. Daartoe werd medio jaren ’60 de Inspecteur van de Volksgezondheid aangewezen voor ‘het toezicht op de hygiëne van het milieu’.⁶ In 1961 werd de Kamer het ontwerp van de Wet gevaarlijke stoffen aangeboden (waarmee wij internationaal schromelijk achterliepen) die in 1963 aanvaard werd en in 1968 in werking trad. In de MvT valt te lezen dat ‘de wijze waarop men zich van nutteloos geworden gevaarlijke stoffen of van ‘ledige’ emballage, die niettemin resten van gevaarlijke stoffen bevat, ontdoet’, de aandacht vraagt (p.8).

De Wet verontreiniging oppervlaktewateren (WVO), in 1969 vastgesteld en in 1970 van kracht, werd in 1964 als ontwerp aangeboden waarvan de voorgeschiedenis tot 1897 teruggaat. In het Voorlopig Verslag maakt de Kamercommissie een voor ons onderwerp interessante opmerking, naar aanleiding van het voornemen van de minister om de met grondwater samenhangende problemen onafhankelijk van die met betrekking tot het

⁶ Zie uitvoeriger de Bijlage bij dit artikel.

oppervlaktewater te regelen: ‘verscheidene leden voegden hieraan toe de vraag, of het niet mogelijk is om reeds in deze wet de verontreiniging van het grondwater met bepaalde, moeilijk afbreekbare, bestrijdingsmiddelen tegen te gaan’ (p.2).

5.3. Overzicht van het civiele traject bij kostenverhaal bodemverontreiniging sinds 1990

5.3.1 Het standpunt van de Hoge Raad in 1994

Een dieptepunt in de ontwikkeling van milieu-aansprakelijkheid, zoals deze de wetgever voor ogen stond, is ongetwijfeld het Shell-arrest (uitspraken eveneens inzake *Philips-Duphar* en *Fasson*) van 30 september 1994 (*NJ* 1996, 198 e.v.; *TMA* 1994, 159). Volgens Advocaat-Generaal Koopmans was bij deze grootschalige bodemvervuiling met afval van bestrijdingsmiddelen-productie aansprakelijkheid op zijn plaats, zo niet de Hoge Raad, die wel onrechtmatigheid aannam, maar van oordeel was dat aan het relativiteitsvereiste niet voldaan was, dat op een geheel nieuwe wijze ingevuld werd. Er was op ‘deugdelijke wijze’ afstand gedaan van enorme hoeveelheden dodelijke stoffen, en het was niet voorzienbaar dat de staat zich over sanering van de stortplaatsen zou gaan ontfermen, jaren later, tegen hoge kosten. Dat diezelfde Staat reeds in 1935, 1947, 1950 en 1962 wetgeving had tot stand gebracht die het omgaan met resten van bestrijdingsmiddelen aan uiterst strenge normen verbond, was kennelijk niet van belang.

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

Bij het vaststellen van de magische datum 1 januari 1975 was de hoogste rechter uitgegaan van het tijdstip waarop de wetgever zich het milieubelang ging aantrekken, dat was in 1970 nog niet het geval, en in 1980 zeker wel het geval, en toen rolde het gulden midden, 1975, er vanzelf uit. Deze benadering werd overigens aan de hand gedaan door A-G Koopmans in zijn conclusie in 1992, waarbij hij echter zelf van 1 januari 1970 uitgegaan was.

De kennis van milieuvervuilende bedrijven werd hieraan gekoppeld, een kennis die niet met algemene kennis gelijk gesteld werd. Kennis *in het algemeen* ten aanzien van het ernstige gevaar voor de volksgezondheid van giftige stoffen wettigt nog niet dat het destijds al onzorgvuldig was om zulke afvalstoffen te doen storten, oordeelt de cassatierechter.

Het zal duidelijk zijn dat in deze redenering – wat men er ook van denken mag – doorslaggevend is dat een bedrijf dat zich van schadelijke afvalstoffen ontdoet specifieke kennis heeft van de gevaren van die stoffen voor het milieu in de bodem, en dat de kennis van de wetgever op dat gebied het ijkpunt is.

Ik heb indertijd, zoals gezegd in het *NJB* van 1994, aangetoond dat de wetgeving over bestrijdingsmiddelen (want daar ging het in deze procedures om) klare taal sprak die OM en

Hoge Raad volstrekt miskend hadden: bestrijdingsmiddelenwetgeving die in 1935 ontstaan was en in de decennia erna een vervolg had gekregen.⁷

Daarnaast heeft de Staat geen gebruik gemaakt van hetgeen het Nieuw BW (art. 6:163) op het gebied van de relativiteit inhield, sinds het Gewijzigd Ontwerp van 1976 (Snijders), met als gevolg dat, kort gezegd, *voorzienbaarheid van schade (en de belanghebbende daarbij)* niet vereist is, terwijl de *bewijslast* blijkens de MvT *op de gedaagde* gelegd wordt (het is immers een verweer; vgl. *Tekst & Commentaar BW 1998: 1746 v.*). Dit was het gevolg van het omgaan van de wetgever met betrekking tot art. 6:98 BW, toen bij de causaliteit de toerekening naar redelijkheid ingevoerd werd. De adequatieleer uit het vorige ontwerp (van 1961) werd verwijderd, hetgeen consequenties had voor art. 6:163 BW, waar het voorzienbaarheidsvereiste eveneens verdween.

Verder geldt, dat bij relativiteit de zogenaamde ‘correctie van Langemeijer’ algemeen aanvaard is op het gebied van schending van ongeschreven normen. Deze figuur heeft de Staat niet aan de Hoge Raad voorgelegd. Ze werd echter wel in die tijd door de Raad van State in een advies gehanteerd (op wetsontwerp 21556), aldus: de relativiteitsleer heeft slechts werking bij schending van een *wettelijke* norm, en is van gering belang bij schending van een *ongeschreven* norm. In dat geval stelt de Raad van State: ‘Is zulk een zorgvuldigheidsnorm geschonden, dan is daarmee in de regel ook vastgesteld dat zij diende om het geschonden belang te beschermen’.⁸ Het ging in deze procedures immers om *ongeschreven* zorgvuldigheidsnormen ten aanzien van de omgang met het bodemmilieu, ook al was dat, zoals door mij betoogd, feitelijk onjuist, althans onvolledig. Er waren immers ook geschreven, wettelijke normen geschonden, waar veelal een strafsancie op stond. Langemeijer had zijn ‘correctie’ als Procureur-Generaal in conclusies van 1958 naar voren gebracht en die had alle handboeken en compendia gehaald. Maar niet de conclusies en pleitnota’s van de landsadvocaat.

Voor de goede orde een korte omschrijving van het relativiteitsvereiste, ontleend aan het standaardarrest van 1958, tandarts-arrest. Een tandarts ziet zijn praktijk teruglopen doordat een andere tandarts zich in zijn buurt gevestigd heeft, die patiënten van hem wegtrekt. Dat blijkt een beunhaas, hij werkt zonder de wettelijk vereiste academische opleiding gedaan te hebben. De tandarts spreekt de beunhaas aan tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad: het in strijd met de Wet op de tandheelkunde uitoefenen van een praktijk. De vordering ketst af op het relativiteitsvereiste: de geschonden wettelijke norm strekt tot bescherming van de volksgezondheid, en niet tot bescherming van het inkomen van reguliere tandartsen. De beunhaas kan evenwel toch onrechtmatige gehandeld hebben, wanneer hij andere, ongeschreven normen van zorgvuldigheid geschonden heeft. Dat is de ‘correctie’ die Langemeijer op de relativiteitsleer aangebracht heeft, daarin gevolgd door de Hoge Raad. Uit dit voorbeeld blijkt al dat die leer uitsluitend bedoeld was voor schending van wetsnormen; de strekking van een norm kan dan met behulp van de wetsgeschiedenis en de maatschappelijke

⁷ *NJB* 1994, p.1329 e.v. Het curieuze in deze zaak is dat de informatie over de oude milieuwetgeving in het dossier aanwezig was, maar in cassatie niet gebruikt werd, door de Staat noch OM. Ik weet dat zo zeker, omdat een wetgevingsonderzoek deel uitmaakte van een advies dat ik aan de landsadvocaat (Mr Wubs) uitgebracht had in de Duphar-zaak in eerste instantie (Rb. Amsterdam), dat overgelegd is. Adviseur voor Duphar was Vranken; wij hebben vervolgens in het *WPNR* hierover gedebatteerd, op basis van de beide uitgebrachte adviezen (zie: *WPNR* 5953-55 en 5976 (1990)).

⁸ Aldus ook Drupsteen in 1992, met verwijzing naar Wiggers-Rust. Vgl. mijn *Verbintenissenrecht* 2, 5^e dr., 2004, p.259 e.v. (2^e dr., 1993, p.362 e.v.).

behoefte aan wetgeving vastgesteld worden. Bij ongeschreven normen is de strekking niet op die wijze vast te stellen, en voorwerp van algemene discussie.

Het beginsel van de ‘gevaarstelling’ werd door de Staat evenmin in stelling gebracht; dat komen wij – heel pregnant – pas tegen in de conclusie van A-G Koopmans in de Shell-zaak. Aldus werd het de cassatierechter ook op dit punt wel erg gemakkelijk gemaakt om een andere hoek in te schieten, aan gene zijde van het ‘vervuiler betaalt’-beginsel. Er is natuurlijk geen garantie dat de Hoge Raad bij een betere, *state of the art* presentatie van juridische argumenten door de Staat diens vorderingen zou hebben toegewezen.

Ik heb daarover geschreven, en dit de landsadvocaat voorgehouden, in 1995, een materie die naderhand in mijn handboek opgenomen is.⁹ Ik heb niet de indruk dat intussen bij de Haagse balie dit kwartje gevallen is, maar het is dan ook een uiterst gecompliceerd leerstuk. Het heeft mijns inziens nog steeds zin om het relativiteitsleerstuk ten principale aan de orde te stellen in een bodemsaneringsprocedure: de correctie-Langemeijer voorop, gevolgd door de parlementaire geschiedenis van art. 6:163 BW en rechtsvergelijking (Duitsland, het land van herkomst, waar de Nederlandse toepassing van de *Schutznorm*-figuur niet te vinden is).¹⁰ De Duitse oplossingen voor aansprakelijkheid voor ‘Altlasten’ zijn ook nog nooit in stelling gebracht door de Staat. Ik heb daarvoor in het verleden regelmatig de aandacht gevraagd.¹¹

Ik vermeld dit alles, om aan te geven dat een verhaalsprocedure op grond van art. 75 lid 1 Wbb en/of art. 6:162 BW tot dusver nog geen goede kans gekregen heeft, in hoogste ressort. Zoals bekend had de lagere rechter, voordat de Hoge Raad ingreep met zijn jurisprudentie over relativiteit (1 januari 1975, *e.t.g.*), geen moeite met het aansprakelijk stellen van bodemvervuilers in oud zeer-gevallen.¹² Dat was na invoering van art. 75 Wbb overigens niet veel anders, wederom tot de Hoge Raad andermaal ingreep, in 2001, in een poging om het nieuwe artikel met een eenzijdige uitleg terug te snoeien tot de intussen bekende proporties. Ook de arresten van het Hof Arnhem, dat als appelhof een heel goede naam heeft, inzake *Akzo*, en het Hof Den Haag, niet bepaald bekend als pro-overheid, inzake *Total*, waarbij de vorderingen van de Staat toegewezen werden, tonen aan dat de Staat een verdedigbaar standpunt ingenomen had. Maar in cassatie werd onvoldoende weerwerk geleverd, ook tegen de conclusies van de Advocaat-Generaal.

5.3.2 De visie van de Hoge Raad in de jaren 2001 en 2002

De arresten inzake *Akzo* (HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 561) en *Total* (HR 25 okt. 2002, *NJ* 2004, 211) zijn nieuwe dieptepunten qua het verhaalsrecht van saneringskosten, vanuit de optiek van de wetgever. Hier ging het om de uitleg van de aangepaste Wbb, art. 75 lid 6

⁹ Zie mijn artikel in *TMA* 1995, p.123, onder nr 12. Vgl. ook: *Verbintenissenrecht* 2, 5^e dr., 2004, p.262 e.v. (3e dr. 1997, p.212 e.v.).

¹⁰ Kort gezegd: indien wettelijke normen ontbreken, is sinds 1958 schending van *ongeschreven* rechtsnormen toereikend om aan het relativiteitsvereiste te voldoen, de bewijslast hiervan rust niet op de Staat, in het Duitse recht geldt relativiteit *niet* voor ongeschreven normen. In zijn bijdrage aan het congres van 22 mei 2008 gaf Warendorf ervan blijk de essentie van mijn kritiek nog steeds niet begrepen te hebben. Zie ook zijn bijdrage aan dit boek. Dat geldt ook voor de visie op relativiteit van Braams, die het leerstuk op onnavolgbare wijze weergegeven heeft, zie eveneens elders in dit boek.

¹¹ Mijn punt was dat naar Duits recht in de jaren tachtig de eigenaar van vervuilde grond een absolute vorm van risicoaansprakelijkheid droeg, ook al was dat in het verre verleden veroorzaakt, soms zelfs in de 19^e eeuw. Dat was gebaseerd op zgn. ‘Polizeigesetze’.

¹² Zie mijn artikel in *TMA* 1991, p.152 e.v.

(‘ernstige verwijtbaarheid’). Daarop wordt hieronder ingegaan, in paragraaf 5, eerst volgt een weergave van die beide arresten.

5.4 **Waar ging het wederom fout met de civiele verhaalsacties van de Staat: opnieuw het ‘relativiteitsvereiste’.**

5.4.1 *Het Akzo-arrest van 2001*

In de Akzo-zaak had Akzo de eigendom van de HCH-berg (5.500 ton) in 1954 door een bedrijfsovername verkregen (van Stork, een bedrijf waarmee jarenlang nauw samengewerkt was). De verstuiwingsproblematiek (HCH-stof die in de wijde omgeving verspreid werd) was al in 1954 aanleiding voor de Gemeente Hengelo om zich tot Akzo te richten; in 1982 en 1983 werden opnieuw door de gemeente vragen daarover gesteld. Als gevolg van de verstuiwingen was er ook in de omgeving vee omgekomen.

De volgende wetgeving is van belang voor de Akzo-zaak; deze is door de Staat en de Advocaat-Generaal niet, althans niet voldoende naar voren gebracht. In cassatie speelde zij, ten onrechte, geen enkele rol van betekenis.

De Hinderwet stond in de jaren zestig, met ingang van 1960 (de Bijlage bij circulaire van 27 april 1960) al in het teken van bescherming van het milieu, waarbij de *bodemverontreiniging* met nadruk onderwerp van wetgevende zorg was. Daarbij kwam medio jaren zestig de Inspecteur van de Volksgezondheid ten tonele in zijn hoedanigheid van functionaris ‘belast met het toezicht op de hygiëne van het milieu’ (Circulaire van 13 sept. 1965).

Akzo was ook wat het beheer van de HCH-berg betreft Hinderwet-plichtig, aangezien dit onder art. 1, sub VIII Hinderbesluit (afvalverwerking) uit 1967 viel. Al bij KB van 1959 was bepaald dat het begrip ‘inrichting’ ruim uitgelegd moest worden; ook een open ruimte kan een inrichting zijn. In 1937 had de Hoge Raad al geoordeeld dat gestort afval als inrichting tot verwerking van afval beschouwd kon worden.¹³

Akzo was verder verplicht om uitbreiding van haar inrichting te melden aan het bevoegd gezag en een nieuwe (aanvullende) Hinderwet-vergunning te vragen. Ook het afvoeren van HCH was Hinderwet-plichtig, als afvalverwerking, terwijl dat ook gold voor het afvoeren van grond waarin zich HCH bevond.

De luchtvervuiling die vanaf het Akzo-terrein plaatsvond, voor en na 1954, via schoorsteen en verstuiving, viel onder de werking van de Hinderwet, blijkens circulaires van medio jaren ’60. Bedrijfsstoornissen hadden gemeld moeten worden (dit geldt eveneens ten aanzien van Total), zodat de gemeente zich op bijstelling van de Hinderwet-vergunningsvoorwaarden had kunnen beraden.¹⁴

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

5.4.2 *Het Total-arrest van 2002.*

Van het falen van het OM in de genoemde procedures zou ik nog een tweede voorbeeld willen geven: het Total-arrest van 2002. Dit keer geen bodemverontreiniging door (resten

¹³ Zie voor dit alles uitvoeriger de Bijlage bij dit artikel.

¹⁴ Voor de vergunningen-problematiek, zie ook nog onder, par. 4.3.

van) bestrijdingsmiddelen maar door benzineproducten, waarbij eveneens de Hinderwetgeving in beeld komt.

In de Total-zaak heeft de Advocaat-Generaal geconcludeerd dat de (Hinder-)wetgeving inzake opslag van benzineproducten uitsluitend betrekking had op *brandgevaarlijkheid*. Dit is aantoonbaar onjuist; de Advocaat-generaal heeft opzettelijk de voorwaarde uit de Hinderwet ten aanzien van *bodemvervuiling* bij opslag onvermeld gelaten. De landsadvocaat had evenmin daarop gewezen.

Het advies van de Advocaat-Generaal werd door de Hoge Raad overgenomen, met als gevolg dat de verhaalsvordering van de Staat op de relativiteitsrots schipbreuk leed. Brandpreventie is immers niet hetzelfde als milieubescherming, in het kader van de relativiteitsleer. De hoogste rechter werd dus op het verkeerde been gezet, met grote gevolgen voor de verhaalsactie.

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

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

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

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

Deze voorwaarde, uit 1960, is onmiskenbaar gericht op het voorkomen van *aan de bodem toegebrachte milieuschade*: waterdichte dam of greppel; bodem boven het grondwater. Grotere hoeveelheden moeten in *ondergrondse tanks* opgeslagen worden.¹⁵ De Advocaat-Generaal heeft deze voorwaarde onvermeld gelaten, waardoor de indruk gewekt werd dat de hinderwetgever uitsluitend brandveiligheid op het oog had. De Staat had daarentegen via de wetgever blijk gegeven belang te hebben bij niet-vervuilde bodem, een belang dat in 1960 geschonden kon worden door lozingen of stortingen, met uiteraard schade tot gevolg vanwege de noodzaak tot opruimen van de schadelijke stoffen.

In zijn bijdrage aan het congres van 22 mei 2008 heeft Warendorf dit bestreden (zie ook zijn bijdrage aan dit boek, par.5). Zijn betoog dat deze modelvoorwaarde sub 3 niets met bescherming van het bodemmilieu te maken heeft kan ik in het geheel niet volgen (het leidde indertijd overigens tot grote hilariteit in de zaal), maar afgezien daarvan wordt voorbijgegaan aan mijn kritiek op de onjuiste voorstelling van zaken door de A-G dat *alle* voorwaarden

¹⁵ In dezelfde tijd wordt door de wetgever aandacht besteed aan milieuschade toegebracht aan de bodem in de Bestrijdingsmiddelenwet 1962 (ingediend in 1960), ter vervanging van de wet van 1947.

slechts op *brandveiligheid* betrekking hadden. Op die wijze zou de verhaalsactie immers afketsen op het relativiteitsvereiste (de geschonden norm moet betrekking hebben op het beschermde belang).

Ook hier zou het milieu nog niet uitgevonden zijn, laat staan een milieubelang voor de overheid aanwezig zijn. Dat de wetgever van omstreeks 1960 zich wel degelijk om het bodemmilieu bekommerde is dacht ik afdoende gebleken uit mijn eerdere gegeven overzicht van de wetgeving uit die tijd, over bestrijdingsmiddelen en gevaarlijke stoffen in het algemeen (par. 2.2). De gevaren voor ‘de grond’, ‘water’ en ‘grondwater’ worden nota bene expressis verbis genoemd. Dat moet uiteraard meewegen bij de uitleg van modelvoorwaarde no. 3; die staat niet in het luchtledige.

5.4.3 *De Hoge Raad en de rechtsvorming in Akzo en Total*

De arresten van 2001 en 2002 kunnen als een schoolvoorbeeld gezien worden van een *politieke uitspraak* van de Hoge Raad, een bevoegdheid die echter niet in zijn takenpakket zit.¹⁶ Volgens de hoogste rechter dient bodemsanering kennelijk uit de algemene middelen gefinancierd te worden; het adagium ‘de vervuiler betaalt’ – door de EG als beginsel aanvaard in de jaren zeventig en door de milieuministers van de Lidstaten onderschreven in de jaren tachtig – is aldus niet van toepassing, ook niet bij grote, internationale beursgenoteerde bedrijven.

De milieuwetgeving die in beide zaken van belang was en eerder besproken werd, toont andermaal aan dat de datum van 1 januari 1975 als het moment waarop de wetgever zich het milieubelang is gaan aantrekken, zoals de hoogste rechter beslist heeft, een *gotspe* is. Ook de Hinderwetgeving is een goed voorbeeld van het tegendeel. De indruk bestaat bij leken dat de wetgever toen hij eenmaal in actie kwam zich toch voornamelijk met watervervuiling heeft bezig gehouden, met de bodem als tweede punt van aandacht. De lucht als kwetsbaar goed kwam eigenlijk veel later in de belangstelling. Dat beeld blijkt echter maar ten dele juist te zijn. Het probleem van hinder in de vorm van luchtverontreiniging komt namelijk ook al voor in de reeds genoemde circulaire 13 sept. 1965, inzake ‘aanpak luchtverontreiniging’, zie *S & J*, 1969, p.71. In de eerste alinea wordt als ‘een van de belangrijkste problemen, welke in ons land de steeds voortschrijdende industrialisatie doet rijzen’ genoemd: de ‘toenemende luchtverontreiniging’.

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

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

¹⁶ Ook Van Maanen (1997) en Bierbooms (1994) hebben op het politieke aspect van de jurisprudentie van 1994 gewezen, zie mijn *Verbintenissenrecht 2*, p.271 e.v. De arresten inzake Akzo en Total worden overigens door mij op p.756 e.v. besproken, evenals recentelijk in *TMA 2007*, p.134 e.v.

In dit verband komt ook de figuur van *bedrijfsstoornissen* aan de orde, waaraan de circulaire van 1 dec. 1966 gewijd is ‘inzake meldingsplicht bedrijfsstoornissen’ (S & J, 1969, p.77). De eerste twee alinea’s zijn veelbetekenend:

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

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

Uit de zinsnede: ‘schadelijke gevolgen voor mens, dier en gewas’, en eerder de verwijzing naar het sterven van dieren en besmetting van landbouwgewassen, blijkt zonder meer dat de Staatssecretaris *bodemverontreiniging* op het oog heeft. Immers, door de bodemverontreiniging komen giftige stoffen in het ecosysteem, zoals het gras dat door vee gegeten wordt. Bij de Akzo-milieuverontreiniging was dat laatste inderdaad gebeurd.¹⁷

Die bodemverontreiniging kan via het grondwater (Total-zaak), via de lucht (schoorsteen, verstuiving: de Akzo-zaak), of tenslotte via grondverplaatsing gebeuren (eveneens Akzo-zaak). Anno 1966 (zie ook eerder genoemde circulaire van 1965 inzake luchtverontreiniging) heeft de staatssecretaris dus de aandacht gevestigd op het tegengaan van bodemverontreiniging met giftige stoffen, in het kader van de Hinderwet.

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

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

Het is mij niet bekend of deze, of een vergelijkbare voorwaarde, rond 1966 in de Hinderwetvergunningen van Akzo en Total opgenomen is. Dat geldt eveneens voor de inschakeling van de in de circulaire genoemde Inspecteur van de Volksgezondheid, belast met het toezicht op de hygiëne van het milieu. De indruk lijkt gewettigd dat Akzo geen bedrijfsuitbreiding gemeld heeft (noch eerder, Stork) terzake van de HCH-berg, en evenmin een uitbreiding Hinderwetvergunning aangevraagd heeft.¹⁸

Voor aansprakelijkheid van een bodemvervuilend bedrijf is de inhoud van een Hinderwetvergunning van belang, maar niet doorslaggevend. Er bestaan ook zorgvuldigheidsnormen buiten het vergunningsregime die geschonden kunnen zijn; in dat

¹⁷ Ik weet dat omdat ik in april 2005 door Radio 1 ‘s ochtends geïnterviewd werd over de Akzo-zaak, toen net bekend geworden was dat de Staatssecretaris van VROM besloten had om af te zien van voortzetting van de procedure tegen Akzo voor de Hoge Raad. Vlak voor mij kwam namelijk een veehouder uit Almelo aan het woord die zijn veestapel verloren had en tot de bedelstaf gebracht was als gevolg van de HCH-verontreiniging in de omgeving van het Akzo-terrein. Mijn kleinkinderen die toevallig aan het ontbijt naar de radio luisterden en het gehoord hadden (‘Hé, dat is Opa’), vonden het verhaal van de boer veel indrukwekkender dan dat van hun opa. Terecht.

¹⁸ Ik ken niet het gehele dossier, maar bij de behandeling van de brief van de Gemeente Hengelo van 10 juni 1954 aan Akzo inzake het probleem van verstuiving van de HCH-berg, evenals de briefwisseling met die gemeente in 1982 en 1983, werd geen melding gemaakt van uitbreiding en daaraan verbonden nieuwe vergunningsvoorwaarden.

geval biedt het in acht nemen van vergunningsvoorwaarden volgens de jurisprudentie geen bescherming tegen aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Andersom, geeft schending van vergunningsvoorwaarden wel een grondslag voor het aannemen van een onrechtmatig handelen.

De strekking van de Hinderwetgeving, zoals hier besproken, is derhalve van groot belang in het kader van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en de rol van het relativiteitsvereiste daarbij (het door de wetgever beschermde belang van de overheid bij een schone bodem).¹⁹ Ook hier kan er sprake zijn van mede-aansprakelijkheid van een overheid die verzuimd heeft om vergunningsvoorwaarden aan te passen of te handhaven; indien zij daarbij afhankelijk was van informatie die het bedrijf in kwestie had moeten verstrekken is dat echter nog maar de vraag of dat het geval is. Daarmee komen wij op het thema van de gedogende overheid.

5.4.4 *De gedogende overheid*

Daarnt kwam de rol van de overheid ter sprake, en de uitgifte van en toezicht op vergunningen in het kader van de Hinderwetgeving. Het is dan een kleine stap naar het bekende tegenargument van vervuilende bedrijven, voor milieuvervuiling tot schadevergoeding aangesproken, dat de overheid de lozingen of stortingen gedoogd heeft, of platter gezegd: ‘heeft zitten slapen’. Dat is meestal niet onjuist; ik herinner mij ooit een onderzoek ergens in de jaren tachtig dat met betrekking tot de kans dat men in Noord-Holland vervolgd zou kunnen worden wegens op lozing van schadelijke stoffen op het oppervlaktewater berekend werd dat er eens in de 28 jaar een milieu-ambtenaar kon langskomen. Maar het is de vraag of de gedogende (slapende) overheid zo’n sterk verweer is. Ik zou hier willen volstaan met het antwoord dat het niet aannemelijk is dat daarmee elke aansprakelijkheid opgeheven wordt, maar wel dat dit een element is dat wellicht bij matiging van de schadeverplichting een rol kan spelen, zeker bij kleinere bedrijven die hun handen vol hebben aan het overleven. Een bedrijf met een slecht geweten weet toch dat het de plaatselijke overheid ontbreekt aan mankracht, geld en kennis om een behoorlijk handhavingsbeleid te voeren. Een wetenschappelijke kennis over de eigenschappen van chemische stoffen die zo’n bedrijf zelf wel in huis heeft, althans behoort te hebben als het de vakliteratuur heeft bijgehouden.

Het mooiste voorbeeld van de wijze waarop de advocaat van een voor bodemschade aangesproken bedrijf, Philips-Duphar, met dit thema omging, hilarisch als het niet zo treurig was, is het argument dat de gemeente bij de stortplaats Volgermeer toch had kunnen controleren wat de inhoud van de aangevoerde vaten (10.000, van 200 liter) was, vooral - nu komt het – omdat veel van die vaten immers *open* waren! Het wordt nog leuker wanneer men bedenkt, wat Philips-Duphar natuurlijk ook wist, dat bij de slagboom van de stortplaats enkele mannen stonden die afgekeurd waren voor de vuilnisdienst (het aan hun rug hadden, denk ik). Op een stortplaats nota bene, waar het volgens de voorwaarden verboden was om *chemicaliën, oliën, e.d.* te storten, hetgeen voor de Rechtbank Amsterdam voldoende was om onrechtmatigheid aan te nemen (daarin gevolgd door het Hof; aldus ook Rechtbank en Hof Den Haag in de Shell-zaak). In cassatie stond immers de *onrechtmatigheid* van het handelen van de bedrijven niet meer ter discussie en was enkel het relativiteitsvereiste (opgevat als schending van een kenbaar belang van de overheid dat geschaad was) aan de orde.

Ik sprak eens een vice-president van die rechtbank die als rechter-commissaris het getuigenverhoor in die zaak gedaan had en mij vertelde hoe dat er indertijd aan toegegaan was

¹⁹ In andere zin Braams in zijn bijdrage aan dit boek, par. 3.3.

bij die slagboom van de gemeentelijke stortplaats.²⁰ De mannen vertelden over de inspectie van de vaten: ‘We schudden eraan, en als het klotste ging het naar de Diemerdijk, en als het niet klotste ging het naar de Volgermeerpolder’. Bij de Diemerdijk ging het gewoon het water in, dat spreekt. En dat gebeurde met de resten van de productie van ontbladeringsmiddelen voor Vietnam, waaraan dik aan verdiend was door de producent.

De advocaat van Philips-Duphar had weinig succes met zijn verhaal over de gedogende gemeente in lagere instantie, maar zoals gebleken is wel voor de Hoge Raad in cassatie. Hij werd zelfs korte tijd later als raadsheer in de Raad opgenomen.

Overigens hadden Staat en OM in cassatie hun huiswerk over de aard van de door Philips-Duphar in de periode 1961-1967 ter stort gegeven chemicaliën niet gedaan. In 1963 was bij het bedrijf in Amsterdam een kleine ramp gebeurd met de productie van 2-4-5-T (het ontbladeringsmiddel waarvan de resten in Volgermeer gestort werden), waarbij na een ontploffing in de fabriek dioxine was vrijgekomen. Het schoonmaakbedrijf dat ingehuurd werd zonder voor gevaren te waarschuwen had veertien man ingezet, van wie na verloop van jaren nog maar twee in leven waren, ernstig verminkt. In de Winkler Prins-encyclopedie vond men onder ‘dioxine’ niet alleen de Seveso-ramp uit Italië (1976) genoemd, bekend van de gelijknamige EG-richtlijn over dioxine, maar ook de Duphar-ramp in Amsterdam van 1963.²¹ In de vakliteratuur was al gewezen op de gevaren van dioxine na een ongeluk in een fabriek in Duitsland, medio jaren vijftig. Ik veronderstel bekend welke gevaren verbonden zijn aan het gebruik van ontbladeringsmiddelen in Vietnam, zowel bij de Amerikaanse G.I.’s als de bevolking, die nog generaties te maken heeft met de geboorte van kinderen met afwijkingen. Met deze kennis is het onbegrijpelijk dat een hoogste rechter van oordeel kan zijn dat een bedrijf zich ‘op deugdelijke wijze’ ontdaan heeft van resten van dergelijke stoffen door het te storten op een terrein dat niet voor chemisch afval ingericht was. Het moet toch mogelijk zijn geweest voor Staat en OM om dat uit te leggen?

Dit brengt mij op een algemeen aspect met betrekking tot de verhouding controlerende en handhavende overheid tegenover het bedrijfsleven. Een bedrijf dat met chemische stoffen om gaat heeft wetenschappelijke kennis daarover in huis, die normaal gesproken de kennis van ambtenaren van lagere en hogere overheden die zich met handhaving van milieuwetgeving bezig houden ruim zal overtreffen.²² Er zijn honderdduizenden chemische stoffen, waarvan maar een klein gedeelte van overheidswege als gevaarlijk voor milieu of gezondheid aangemerkt is, in moeizame en langdurige procedures, doorgaans op Europees niveau (ik herinner mij dat de teller bij Richtlijnen lange tijd op 129 gevaarlijke stoffen stond).

De Philips-Duphar-zaak is een mooi voorbeeld van een bedrijf dat donders goed weet wat voor vlees het in de kuip heeft (was het maar vlees) nadat er een milieuramp op het bedrijf zelf gebeurd was. Het vervolgens met grote blauwe ogen ter stort aanbieden van diezelfde hoogst gevaarlijke stoffen aan de plaatselijke overheid zou toch ieder wel denkend mens als crimineel gedrag omschrijven. Een kind weet bovendien toch dat stalen vaten (als ze gesloten

²⁰ Diezelfde vice-president, het zal geen verwondering wekken, was furieus over het arrest van de Hoge Raad inzake Philips-Duphar (1994). Ik was toen dus niet de enige die zich daarover druk gemaakt heeft.

²¹ Ik heb indertijd in een Naschrift op mijn *NJB*-artikel van 1994 hierop gewezen (1994, p.1538), in debat met Niezen (Akzo) en Van den Broek (NCW/VNO), en uitvoeriger in mijn *Verbindenissenrecht* 2, laatste druk, 2004, p.738. Het schoonmaakbedrijf werd ingeschakeld nadat men ontdekt had dat het eigen personeel ziek geworden was van het opruimwerk. Het gebouw waarin de ramp plaats vond werd geheel afgebroken en het puin in de Noordzee gestort. In 1964 werd aan het zieke schoonmaakpersoneel een zeer geringe schadevergoeding gegeven, ter algehele kwijting. Zie *Vrij Nederland* 3 mei 1973; herdruk 14 aug. 1976, Rudie van Meurs.

²² De Gemeente Gouderak telde 2017 zielen; Almelo was niet bepaald een grote stad. De Volgermeer-stortplaats werd geëxploiteerd door de Scheepsexploitiatiemaatschappij ‘Bavo’ BV te Haarlem; pas in 1967, het laatste jaar van de stortingen, heeft de Gemeente Amsterdam alle aandelen in handen.

zijn) na verloop van tijd gaan doorroesten en dan gaan lekken. A-G Koopmans wees daarop in zijn conclusie, met de toevoeging dat iedereen kan bedenken dat er dan een overheid zal zijn die de boel moet gaan opruimen, om aan een gevaarssituatie een eind te maken (relativiteit als voorzienbaar belang). Enige tijd geleden stonden er foto's in de krant van de Volgermeerpolder: roestige vaten die aan de oppervlakte gekomen waren in een gebied waar door kinderen gespeeld werd.

Een ander aspect is dat een bedrijf niet in het luchtledige opereert. Allereerst is daar de concurrentie en men houdt elkaar nauwlettend in de gaten wat het productieproces betreft. In Terneuzen maakte Dow Chemical dezelfde stoffen voor de Vietnam-oorlog, maar ook internationaal is men met dezelfde producten bezig, men komt elkaar in allerlei gremia tegen. Er zijn branche-organisaties, nationaal en internationaal, met publicaties, en natuurlijk ook vaktijdschriften die gevolgd worden. En dan is er de Arbeidsinspectie, met eigen publicaties (in de asbest-procedures speelden die een grote rol). De kennisuitwisseling is eenvoudiger vast te stellen wanneer het om een concern gaat, een moederbedrijf met dochter- of zusterbedrijven elders, veelal in het buitenland. Vaak is daar de milieuwetgeving veel strenger dan in ons land (Zwitserland, Duitsland, USA, UK), ook al denken wij dat wij zo'n vooruitstrevend land op milieugebied zijn (met de kwaliteit van het zwemwater zaten wij achter in de klas, om maar wat te noemen, en met het grondwater was niet veel beter).

Uit de jurisprudentie zijn hiervan vele voorbeelden te geven, waarbij het de rechter eenvoudig gemaakt werd om tot aansprakelijkheid te komen. Dat wil zeggen, in lagere instantie; wanneer het hoger opgaat en een politieke kwestie wordt verdwijnt dit aspect vaak naar de achtergrond, om niet meer naar voren te komen. In de procedure tegen Philips te Stadskanaal inzake de productie van TV-schermen waarbij toxische stoffen op een sloot geloosd werden met aanpalende volkstuintjes kwam naar boven dat Philips door haar Duitse zusterbedrijf tevoren gewaarschuwd was dat er in Duitsland strenge milieuwetgeving ingevoerd werd waardoor het aanleggen van een bezinkbak verplicht was.

Iets dergelijks speelde ook in de Shell-zaak, waarbij aan het licht kwam dat Shell-Amerika al geruime tijd verplicht was om de drinsen niet ter stort te geven of te lozen, maar in basins op te slaan die aan zware veiligheidsvoorschriften onderworpen waren. Het is onwaarschijnlijk dat die informatie niet aan Shell-Nederland bekend zou zijn. Ook kwamen interne circulaires boven water van eind jaren vijftig waarin Shell haar werknemers met hel en verdoemenis dreigde wanneer er niet met handschoenen aan gewerkt werd, elke dag na het werk gedoucht werd en de overall ingeleverd werd. Men wist gewoon hoe gevaarlijk drinsen voor de gezondheid waren, desondanks gewoon ter stort meegegeven, vermengd met bouwafval, met als bestemming een terrein dat volgens bestemmingsplan woongebied zou zijn, bij Gouderak. Daar vielen jaren later spontaan gaten in handdoeken die aan de waslijn hingen, als gevolg van dampen die uit de bodem opstegen.

Overigens was ook hier eerder een ongeval gebeurd dat tot nadenken had kunnen stemmen. In 1959 was een milieurampje gebeurd op de Hollandse IJssel: massale vissterfte als gevolg van weggelekte drins; Shell heeft toen wijselijk zijn stortingen in Gouderak gestaakt.

Het doet denken aan een saillant detail in de Akzo-zaak. Het bedrijf had met HCH-vervuilde grond meegegeven aan plaatselijke aannemers om verzakkingen als gevolg van (zout)leidingen in de regio te herstellen. Voor het egaliseren van gaten op het eigen terrein liet men altijd grond van buiten komen. *Res ipsa loquitur*, alias: 'sprekende feiten', naar het woord van Veegens, een oud en beproefd instrument om de bewijslast om te keren. Zo'n

bedrijf weet gewoon waar het mee bezig is, en houdt zich vervolgens van de domme wanneer het door derden voor toegebrachte schade aangesproken wordt.²³

In cassatie is met er deze informatie niets gedaan en werd het verweer van het bedrijf in kwestie geaccepteerd dat men in de jaren vijftig en zestig geen wetenschap had van het gevaar van de stoffen in kwestie voor het milieu of de volksgezondheid. Dat laatste, de volksgezondheid, stond ook in wet, de Hoge Raad echter had alleen ‘milieu’ zien staan, en dan nog wel uitsluitend het *bodemmilieu* (gekoppeld aan de vraag of de overheid als wetgever al wakker geworden was op dat gebied). Alsof *onrechtmatig* nog steeds als *onwetmatig* opgevat moet worden, meer dan een halve eeuw na 1919, *Lindebaum – Cohen*.

Op het gebied van arbeidsomstandigheden en bedrijfsziekten had de Hoge Raad overigens wel betekenis gehecht aan de omstandigheid dat er een concern-verband was, en het buitenlandse moederbedrijf bekend was met strenge milieuwetgeving in het eigen land. Dat was het geval met Eternit, de Zwitserse moeder van het Nederlandse bedrijf Nefabas, waartegen werknemer Janssen geprocedeerd had om schade als gevolg van een asbestziekte opgelopen in de jaren zestig te verhalen.²⁴

Ik sta hierbij stil omdat zoals gezegd de Staat in de procedures in cassatie geen aandacht besteed heeft aan de problematiek van gevaarzetting zoals in de jurisprudentie van na de oorlog ontwikkeld. Met uitzondering van het arrest Cijssouw – De Schelde (1993), dat als enige in stelling gebracht werd. Pas in de conclusie van A-G Koopmans wordt in het algemeen op het gevaarzettingsbeginsel ingegaan.

5.5 De reparatiewetgeving: aanpassing van art. 75 lid 6 Wbb. Is VROM een ‘slechte verliezer’? Het begrip ‘ernstige verwijtbaarheid’: de Hoge Raad als pseudo-wetgever

5.5.1 De wetgever reageert op de jurisprudentie van 1994

Als reactie op de jurisprudentie van de Hoge Raad van 1994, *Shell*, etc., heeft de wetgever de in de Wet bodembescherming de mogelijkheid van verhaal van saneringskosten op de vervuiler bij grootschalige bodemvervuiling verruimd, door niet langer het vereiste van ‘relativiteit’ te stellen. Daarbij werd het begrip ‘ernstige verwijtbaarheid’ ingevoerd, waarover heel veel te doen is geweest bij de parlementaire behandeling van de Wbb. Voor de beschrijving hiervan verwijs ik naar de bijdrage van Braams aan dit boek.

Ik geef in het volgende commentaar op de wijze waarop de Hoge Raad in het *Akzo*-arrest van 2001 aan ‘ernstige verwijtbaarheid’ in de zin van art. 75, lid 6 Wbb uitleg gegeven heeft, namelijk in de betekenis van ‘*opzettelijk of bewust roekeloos handelend*’. Het gaat daarbij om gevallen waarin ‘ondanks het bestaan van redelijkerwijs toepasbare alternatieven *willens en wetens* of *met grove onverschilligheid ten aanzien van de gevolgen*, kort gezegd, stoffen op of in de bodem zin gebracht die tot verontreiniging hebben geleid’.²⁵

²³ Voor een meer gedetailleerde bespreking van de Akzo-zaak, waarbij door mij een groot aantal ‘sprekende feiten’ gesignaleerd zijn die in de procedure naar voren gebracht hadden kunnen worden, en een analyse van de conclusie OM (vergeleken met die in de Total-zaak), zie mijn bijdrage aan de Wijn en Stael-bundel, *Aspecten van aansprakelijkheid*, Red. Bierbooms c.s., 2005, p.231, op p.240 e.v.

²⁴ HR 6 april 1990, *NJ* 190, 573, nt PAS, *Janssen – Nefabas*.

²⁵ Ov. 3.3, in fine, mijn curs. Zie voor dit onderwerp ook mijn *Verbintenissenrecht* 2, p.748 e.v.

Voor beide criteria, ‘willens en wetens’, en ‘met grove onverschilligheid ten aanzien van de gevolgen’ is wetenschap van de ernstige gevaren uiteraard van groot belang. Voor de tweede categorie is naar mijn mening een dergelijke wetenschap geen voorwaarde. Gevaren zijn immers gelieerd aan de mogelijke gevolgen, het gaat namelijk om gevaar *van schade*. Indien men onverschillig is ten aanzien van mogelijke schade, komt men aan de wetenschap niet toe, en hoeft daaraan niet toe te komen, aangezien geen belangstelling voor de gevolgen van die wetenschap (schade) aanwezig is.²⁶ Indien het om ernstige gevolgen gaat, aanzienlijke schade, past daarbij een grove onverschilligheid: ondanks de ernst van de mogelijke consequenties, ontbreekt interesse daarin. In het (zee-)vervoersrecht dat de laatste decennia een opmars in het contractenrecht, en nu dan ook het aansprakelijkheidsrecht gemaakt heeft wordt door een van de peetvaders ervan, Dorhout Mees, over dit begrip opgemerkt: ‘men zou kunnen zeggen een verkeerde geestelijke instelling’.²⁷ In de *Haagse gasfabriek-zaak* (1987) sprak het Hof Den Haag van ‘een plicht tot waakzaamheid’ bij het omgaan met industriële afvalproducten; hetzelfde hof sprak in *Benckiser* (1990) van het tonen van ‘verantwoordelijkheidsgevoel’. In geval van ‘grove onverschilligheid’ is van het naleven van die normen niets te bemerken.

Bij de vaststelling of sprake is van ‘ernstige gevaren’ bij het omgaan met stoffen is activiteit van de wetgever altijd een goede graadmeter: de wetgever pleegt meestal pas in actie te komen als het een ieder duidelijk geworden is dat er iets met een maatschappelijke misstand moet gebeuren. Op milieugebied zijn rampen hierbij heel behulpzaam, in de rij van ‘Lekkerkerk’ passen voor het nationale, internationale en Europese recht ook: ‘Torey Canyon’, ‘Seveso’, en, minder bekend: ‘ms. Stella Maris’ (de aanleiding tot de invoering van de Wet Verontreiniging Zeewater).

Wat gevaren voor de bodem betreft is de wetgever bij aardolieproducten in 1960 tot actie overgegaan, door middel van een circulaire met betrekking tot het Hinderbesluit (hetgeen voor *Total* van belang is, zie boven), terwijl in datzelfde jaar op het gebied van bestrijdingsmiddelen het ontwerp van een nieuwe Bestrijdingsmiddelen wet (vastgesteld in 1962) naar de Kamer gezonden werd, met maatregelen tot bodembescherming (van betekenis voor zaken als *Philips-Duphar* en *Akzo*, zie boven). Dat was dus nog ruim ‘voor het milieu uitgevonden werd’, of ‘D 66’ uitgevonden werd.

Het is opmerkelijk dat de wetgever in 1960, in de memorie van Toelichting op het ontwerp bestrijdingsmiddelenwet, als ratio voor de nieuwe wet geeft het tekortschieten van de bestaande wetgeving ten aanzien van o.m. ‘het niet opruimen van gemorste stoffen en de dikwijls *aan onverschilligheid grenzende* wijze van opbergen’, waardoor reeds slachtoffers gevallen zijn, ook onder kinderen.²⁸ Dan hebben wij het over landbouwers die slordig met de het *verpakkingsmateriaal* van bestrijdingsmiddelen omgaan, waarin resten van die middelen kunnen zitten. Dat is andere koek dan het hebben van een berg van 5.500 ton op het terrein van de producent die al voor 1954 aan het verstuiven was. Zou dat niet getuigen van ‘grove onverschilligheid ten aanzien van de gevolgen’ (in de terminologie van de Hoge Raad, 2001) of ‘aan onverschilligheid grenzende wijze van opbergen’ (de wetgever in 1960)? En het meegeven van met HCH vervuilde grond aan lokale aannemers voor ophogingwerkzaamheden in de omgeving dan?

²⁶ In andere zin: A-G Spier, concl. voor *Akzo*, nr 5.32.2.

²⁷ Zie mijn *Verbintenissenrecht I*, p.411 v. (4^e dr. p.424). Voor de in de tekst die volgt genoemde jurisprudentie, zie men het Register.

²⁸ Zie voor vindplaatsen en context boven, par. 2.2. Het jaar 1962 is ook dat van Rachel Carson’s boek *Silent spring*, een mijlpaal op dit gebied, dat ook in ons land veel aandacht kreeg (een stille lente zonder vogelgezang, als gevolg van de werking van bestrijdingsmiddelen, DDT voorop).

5.2.2 Uitleg van art. 75, lid 6 Wbb door de Hoge Raad; de visie van de Advocaat-Generaal op parlementaire geschiedenis en doctrine

Het is algemeen bekend dat de roerige parlementaire geschiedenis van art. 75 Wbb een caleidoscopisch beeld geeft. A-G Spier gaat in zijn conclusie zelfs zover om aan stemverklaringen (van VVD en CDA), nota bene uit de Eerste Kamer, doorslaggevend gewicht te kennen bij de uitleg van het artikel, daarmee uitspraken van de minister terzijde stellend. Nog wel van één partij (VVD) die *tegen* het wetsvoorstel gestemd had.

Nu was de minister (in meervoud: ministers van VROM en Justitie) niet altijd even gelukkig opgetreden; met name het volhouden dat ‘ernstig verwijtbaar’ hetzelfde was als ‘verwijtbaar’ was niet handig (de Staat heeft dit punt ook lang volgehouden in procedures). Allereerst is op het eerste gezicht reeds niet waarschijnlijk dat dit het geval was (aldus ook Hof Arnhem), maar wanneer men weet dat dit de inzet van de Novelle was om de Eerste Kamer te apaiseren en het wetsontwerp te redden, is het tactisch een ongelukkige manoeuvre geweest, die alleen maar kwaad bloed gezet heeft en andere uitlatingen van de minister in een kwaad daglicht geplaatst heeft. Met het onfortuinlijke gevolg dat de zinvolle opmerkingen van de minister in het gewoel verloren gingen (en dus ook niet in de conclusie van het OM voorkomen). Het is immers aantoonbaar onjuist om te stellen dat de regering ‘ernstig verwijtbaar’ gelijk gesteld heeft met ‘opzet of grove schuld’, hetgeen vervolgens in een moderner jargon door ‘bewuste roekeloosheid’ vervangen is (via het arbeidsrecht in art. 6:170, lid 3 BW gekomen, in 1992). Die slag had Wagemakers immers al in een eerder ronde verloren, zijn stemverklaring in de Senaat in de laatste fase ten spijt. Een suggestie die hij eerder had gedaan werd namelijk door de minister verworpen. Het verwerpen van het amendement-Korthals (nr 9) in een eerdere fase is in dit verband eveneens een teken aan de wand (het Hof Arnhem refereerde daar nota bene aan).

Soortgelijke bedenkingen kunnen naar voren gebracht worden met betrekking tot de wijze waarop de Hoge Raad is omgegaan met de figuur van ‘kennis’ van ‘ernstige gevaren’ in relatie tot de milieu-effecten van de stoffen in de bodem. De vergelijking met overige, recente jurisprudentie over gevaarzetting dringt zich hierbij op, en de vraag of de hoogste rechter niet met twee maten meet wanneer het om bodemsanering gaat. Ik denk bijvoorbeeld aan een arrest als dat inzake de *West-Friese Flora*, van 2002, waarin aansprakelijkheid voor een *onbekend* gevaar aangenomen werd.²⁹ Een uitspraak die in de pas loopt met een lange reeks arresten, die de grondslag gevormd hebben voor de gevaarzettings- of risicoleer zoals sinds het begin van de vorige eeuw ontwikkeld. Het is opvallend dat het hier een kleine ondernemer, Jong, betreft met een handel in bubbelbaden waarmee hij met een stand op de Flora stond. Hem werd als MKB-er een kennis van causaal verband en schade toegerekend (door de ‘aërosolen’ door de lucht vervoerde legionella-bacteriën), beter gezegd, het risico van het ontbreken van kennis op dat terrein, terwijl eerder multinationals konden weggomen bij aansprakelijkheid voor gevaren die volgens de vakliteratuur en het kennisniveau in de branche van die tijd *bekende* gevaren waren.

Het is curieus dat de Hoge Raad aldus weer terug is bij zijn standpunt uit 1993, inzake *Cijsouw – De Schelde*, waarop de landsadvocaat in 1994 alle hoop gevestigd had bij de Shell- en Duphar-zaken. Voor de bodemsanering werd toen even een *détour* gemaakt. Dat recht is niet van vandaag of gisteren, ook Paul Scholten was er in 1945 al een pleitbezorger ervan, blijktens het volgende citaat:

²⁹ HR 29 nov. 2002, NJ 2003, 549, nt JMBV, *Legionella*; vgl. mijn *Verbintenissenrecht* 2, p.441 v.; W.Th. Braams, TMA 2003, p.147.

‘Wij mogen niet zeggen dat steeds voorzienbaarheid der schade is vereist, het kan zijn dat een handeling wordt afgekeurd ook al was de in concreto ingetreden schade niet voorzien, *omdat zij in het algemeen gevaarlijk was*’.³⁰

5.5.3 Een nabeschuiving

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

De consequenties hiervan zijn des te ernstiger wanneer men bedenkt dat de Hoge Raad met beide arresten wederom een belangrijke stap gezet heeft op het terrein van het verhalen van saneringskosten door de Staat op de vervuilende bedrijven wegens grootschalige bodemverontreiniging in het verleden. Milieuvervuiling van een omvang die voor de gewone burger niet van milieucriminaliteit te onderscheiden is. Dat wil zeggen, een stap waarbij die mogelijkheden voor de Staat, geboden in de Wet Bodembescherming die na de voor de Staat desastreus verlopen procedures tegen Shell, Philips-Duphar en Fasson in 1994 door de wetgever op dat punt bijgesteld was, opnieuw ingeperkt werden.

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

5.4 Relativiteit, und kein Ende

De relativiteitsleer is ooit in gang gezet door Van Geleijn Vitringa als raadsheer in de Hoge Raad met een arrest van 1928, na een publicatie van zijn hand uit 1919 waarbij hij de Duitse Schutznormtheorie in ons land introduceerde, helaas op verkeerde wijze. Een artikel dat dan ook geen goed vond in de ogen van de grote civilisten in die tijd, als Meijers en Scholten.

Met de bovenstaande bespreking van recente jurisprudentie waarbij de relativiteitsleer een centrale rol speelde heb ik proberen aan te tonen waarom de critici van die leer van voor de oorlog gelijk hadden dat zij ‘overbodig en onbruikbaar’ is. Aan de reeks van oude jurisprudentie, die niet alleen Wolfsbergen, maar ook Meijers, Scholten en Smit tot hun

³⁰ Asser-Scholten, *Zakenrecht*, 1945, p.121.

kritiek brachten, de ‘heel wat betreurenswaardige uitspraken’, zijn de laatste jaren weer enkele toegevoegd.³¹

Ook al hanteert men deze ongelukkige leer, dan zou een juiste toepassing, die zo lang ontbroken heeft, tot minder ongelukken leiden. Dat vraagt niet alleen een nauwgezette studie van de wetgeschiedenis bij toepassing van een wettelijke norm, maar ook om een kritische instelling. Als het daaraan ontbreekt, blijven wij met de brokken zitten. Uit de door mij gegeven analyse blijkt dat de advocatuur, en belangrijker nog, het OM en Hoge Raad op dit terrein werk gedaan hebben waarvan de kwaliteit niet bepaald voldoet aan de verwachtingen van burgers.

5.6 De toekomst van de bodemsaneringsproblematiek.

5.6.1 *De déconfiture van het kostenverhaal: wat ging er fout voor de Staat?*

Ik zou tot slot willen ingaan op de toekomstperspectieven van het kostenverhaal bodemsanering.

Het zal een ieder duidelijk zijn dat de gang naar de rechter door de Staat in de ‘oud zeer’-zaken minder fortuinlijk geweest is. Er zijn weinig toppen, en veel dalen geweest sinds de jaren tachtig. Een absoluut dieptepunt was de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Shell, Philips-Duphar* en *Fasson*, op 30 september 1994, *Black Friday* voor het milieu, in mijn ogen. Dat had niet zo dramatisch hoeven af te lopen, indien de Staat de relativiteitsvraag beter onder ogen gezien had. Hetgeen in cassatie bij *Shell* en *Duphar* op dit punt voorgelegd was, was heel beperkt en eenzijdig, waarbij de landsadvocaat alle hoop op een analoge toepassing van het arrest *Cijsouw – De Schelde* (1993) gevestigd had. Ook werd – zoals hierboven al aan de orde kwam – geen gebruik gemaakt van zwaarwegende argumenten om te adstrueren dat het handelen van Shell en Duphar met resten van de bestrijdingsmiddelenproductie ook in de jaren vijftig en zestig volkomen in strijd met wetgeving op dat gebied was, die gericht was op bescherming van het milieu, met name ook het grondwater. De uitspraak van de cassatierechter dat genoemde bedrijven naar toenmalige inzichten zich ‘op deugdelijke wijze’ van hun productieresten ontdaan en derhalve niet onrechtmatig gehandeld hadden, is ondenkbaar indien de rechter geconfronteerd geweest zou zijn met de wetgeving bestrijdingsmiddelen sedert 1935 (zie boven, par. 2.2).

Daarmee is eveneens aangegeven, om het Faustiaans te zeggen, wat des poedels kern is: de Hoge Raad die opgetreden is als wetgever-plaatsvervanger (naar het woord van Verburgh, in de jaren zeventig). Die uitdrukking werd indertijd gebruikt bij het *zwijgen* van de wetgever, en het waarnemen van die taak door de rechter. Een sympathieke gedachte. Wat wij nu zien is iets anders: de hoogste rechter die zijn oordeel *in de plaats stelt* van dat van de wetgever, op nauwelijks verhulde wijze. De ‘Trias-leer’ (de scheiding der machten) is kennelijk uit de gratie geraakt aan de Kazernestraat in Den Haag (waar de Hoge Raad zetelt). Het arrest *Akzo*

³¹ Die kritiek, in later tijd gevolgd door schrijvers als Köster en Schoordijk, waarbij ik mij indertijd aangesloten heb, zoals ook Drupsteen, Vranken (1992) en van Maanen (1997) valt bij de jongere generatie schrijvers over aansprakelijkheidsrecht als zaad op rotsige bodem. Zie bijvoorbeeld de oratie van Lindenbergh, een van mijn twee opvolgers aan de EUR, over dit onderwerp, waarin deze visie geheel onvermeld blijft. Ook mijn beroep op de parlementaire geschiedenis van art. 6:163 (jo. 98) BW wordt door hem niet weerlegd (zoals eerder ook bij Spier het geval was). Zie: S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk. Over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht*, oratie EUR, BJU, 2007. Vgl. ook mijn *Verbintenissenrecht 2*, p.271 e.v., en algemeen: p.257 e.v.

Resins (1992) met de datum van 1 januari 1975 als norm, was typisch een *arrêt de règlement*, hetgeen de rechter in ons recht niet vrijstaat, en de cassatierechter is alleen maar op die weg verder gegaan.

Intussen is de opstelling van de Hoge Raad luid toegejuicht door het grote bedrijfsleven, en de vele juristen die dat leven een warm hart toedragen. A-G Spier verwees naar die auteurs in zijn conclusies, waarbij de verwijzing naar ‘animale geluiden’ die de Hoge Raadsleden geuit zouden hebben (aldus Van Maanen) hem toch weer wat te ver ging. Vrijwel alle schrijvers die de Advocaat-Generaal aanhaalt vallen in de categorie die bijval geeft aan de cassatierechter (met uitzondering van Bierbooms; ik zelf werd niet genoemd). Ook de politieke partijen die in de Eerste Kamer een front tegen art. 75 Wbb opgeworpen hebben – zeer effectief, dat moet gezegd – zullen heel sympathiek tegenover het optreden van de cassatierechter staan. Dat betekent, en daar gaat het mij hier om, dat de hoogste civiele rechter niet in een juridisch en maatschappelijk luchtledig opereert. Het is in wezen een politieke vraag die voorligt met de verhaalskosten voor oud zeer, en het is duidelijk dat de Hoge Raad zich tot een *politieke uitspraak* heeft laten verleiden. In het *NJB* van 1994 heb ik daarvoor de aandacht gevraagd; het gaat hier niet om een rechtspolitieke stellingname, maar een zuiver politieke.³²

Met de *Akzo*- en *Total*-arresten heeft de hoogste civiele rechter begin van deze eeuw de eerder uitgezette lijn doorgetrokken, daarbij geholpen door de zeer eenzijdige wetsuitleg van de Wbb die het OM aangereikt had. Ook los van de parlementaire Evaluatie kostenverhaal bodemsanering is het onderhand tijd om de balans op te maken. Het ministerie van VROM heeft dat in 2005 al voor een deel gedaan, toen Staatssecretaris Van Geel besloten heeft om de procedure in de *Akzo*-zaak te staken (er verliep toen een cassatietermijn) en die in *Total* voort te zetten. Dat laatste gebeurde echter op een zacht pitje, om alle energie te richten op het instellen van een fonds met het grote bedrijfsleven. Bedrijven waarvan de namen de laatste decennia regelmatig in de kolommen van de *NJ* en de vaktijdschriften verschenen zijn. Daar is nog heel weinig van terecht gekomen.

Bij iedere evaluatie kan men er niet omheen dat er door de Staat hoogst ongelukkig en onproductief geprocedeerd is. De toepassing van het relativiteitsvereiste is zoals betoogd de zwakke schakel in het verhaal; de bestrijding van de wijze waarop de Hoge Raad (veelal gesteund door het OM) tewerk is gegaan heeft nog geen echte kans gehad, met hantering van de juiste argumenten.

Dat de Staat niet op onaanvaardbare manier bezig is geweest om zijn recht te zoeken tot in cassatie (zoals men in kringen van het bedrijfsleven wel kan horen: ‘de Staat als slechte verliezer’) blijkt alleen al hieruit dat in de laatste procedures van 2001 en 2002 inzake *Akzo* en *Total* het Hof Arnhem, c.q. Hof Den Haag de Staat in het gelijk had gesteld. Wat wel opvalt is dat de Staat, het ministerie van VROM, niet altijd op professionele wijze de zaak had aangepakt. Het ‘andere kamp’, het bedrijfsleven dat met de saneringskosten van grootschalige bodemvervuiling geconfronteerd werd, heeft de afgelopen jaren de juridische vakpers kundig beheerst: het doen verschijnen van publicaties die uitermate van pas komen, soms van kantoorgenoten, of bedrijfsjuristen, verzekeringsjuristen, e.d.³³ Het spel werd hard gespeeld; ik heb niet de indruk dat de Staat en VROM dit spel even goed beheersten.

Ook bij het gebruik maken van onderzoek beperkte de Staat zich in het verleden hoofdzakelijk tot technisch en historisch milieu-onderzoek om aan te tonen dat de gevaren van allerlei stoffen al in de jaren vijftig en zestig bij het bedrijfsleven bekend waren, met

³² Het is opmerkelijk dat kort na de 1994-arresten de (jonge) landsadvocaat een lintje kreeg, ongetwijfeld op voorspraak van de Hoge Raad. Een troostprijs?

³³ De ‘relativiteit’ werd ooit naar voren gebracht (in een administratiefrechtelijk tijdschrift) door een bedrijfsjurist van DSM, Arnold, in 1983.

citaten uit handboeken van de galvanische industrie, etc. Die flank was goed gedekt, dat was echter onvoldoende wat de inventarisatie wetgeving uit die jaren betreft, zoals hierboven beschreven; de dekking op het gebied van de gecompliceerde leerstukken uit het verbintenissenrecht was vrijwel niet aanwezig. Men meende dat wel in huis te hebben, als iets dat in de gereedschappenkist van elke advocaat zit. Dat is een grote misrekening gebleken. En dan hebben wij het nog niet over de rechtsvergelijkende, Europeesrechtelijke en internationaalrechtelijke dimensies van het aansprakelijkheidsrecht, die vrijwel geheel niet aan bod zijn gekomen.³⁴ Het is overigens in onze rechtspraak, anders dan die bijvoorbeeld in Engeland, niet ongebruikelijk dat grote advocatenkantoren een beroep op externe civielrechtelijke expertise achterwege laten. Als het al gebeurt, zo is ook mijn ervaring, dan is het meestal omdat de cliënt erom gevraagd heeft, of de omstandigheid dat de tegenpartij een deskundigenbericht heeft geproduceerd.³⁵

Om een indruk in cijfers te geven, in de jaren negentig heeft VROM op Kamervragen geantwoord dat in die periode ca. 19 miljoen NLG besteed was aan milieutechnisch en historisch onderzoek, en ca 3,5 miljoen NLG aan juridische kosten, hoofdzakelijk van gevoerde procedures.³⁶ Mijn Instituut voor Milieuschade in Rotterdam, toonaangevend op het gebied van civiele milieuaansprakelijkheid in die tijd, was hierbij niet betrokken.³⁷

6.2 *Hoe nu verder met de saneringskosten? Het nut van evaluatie*

Waar zijn wij nu beland met de bodemsaneringskosten? Het ministerie van VROM heeft al enige tijd zijn energie gestoken in het ‘polderen’ met het bedrijfsleven. Heel begrijpelijk, en heel verstandig; ik ben aanhanger van de filosofie: ‘een goed proces is een niet gevoerd proces’ (variant op het de oude cowboy wijsheid: ‘een goede indiaan is een dode indiaan’). Er gebeurt overigens heel wat op saneringsgebied, met steun van hetzelfde bedrijfsleven. Het MKB doet massaal mee aan de Bedrijvenregeling, waarbij men slechts voor 50% van de saneringskosten aangeslagen wordt, met een bodembedrag (de woordspeling is toeval) voor kleine bedrijven. Het particulier initiatief bij bodemsanering zit ook in de lift. De vergrijzing in het MKB, er zijn zo’n 80.000 familiebedrijven, maakt dat bij bedrijfsopvolging of -verkoop, sanering hoog op de agenda staat. Daarnaast zijn er de succesverhalen, maar dan is er projectontwikkeling aan de hand en wordt wanneer alles op de schop gaat en passant ook de bodem gesaneerd (een goed voorbeeld is een PPS-project waarbij Philips betrokken is, Strijp-S, bij Eindhoven). De overheid betaalt gezellig mee, en anders wel de fiscus. Milieu is toch: *People, Planet, Profit?*

Dat is natuurlijk een win-win situatie, en dat zijn in wezen de gemakkelijke gevallen. Maar hoe zit het met de rest van die 6.500 *worst cases*? Als de overheid zo vriendelijk aan de deur blijft kloppen zoals nu gebeurt (‘weer zo’n collectant’), zie ik dat somber in. De bereidheid

³⁴ De laatste jaren heb ik mij in die materie verdiept, en was verbaasd wat ik op dit terrein in andere EG-landen aangetroffen wordt, zoals: artt. 1 en 8 EVRM toegepast bij milieu-aansprakelijkheid, EG-richtlijnen, Verdragen, etc. Die materie heeft in ons land vooral de belangstelling van mensenrechten-deskundigen en beoefenaren van Europees recht en Internationaal publiekrecht, en niet (of nauwelijks) van civilisten, al is er verandering op til.

³⁵ Zie wat het verschil tussen de Nederlandse en de Engelse praktijk betreft: Mieke Dudok van Heel (De Brauw, Den Haag vs Freshfields, Londen), *Advocatenblad* 2001, p.61 e.v. Mijn advies in de Duphar-zaak in eerste instantie is een voorbeeld van de tweede categorie die ik noemde: de tegenpartij had al een advies (van Vranken) overgelegd, overigens pas twee weken voor de zitting.

³⁶ De totale juridische kosten zijn blijkens de parlementaire evaluatie ca. € 30 miljoen (proceskosten, deskundigenonderzoek, griffierechten, kosten landsadvocaat).

³⁷ Het Instituut heeft de afgelopen decennia voor ruim € 2 miljoen aan contractonderzoek voor derden uitgevoerd (voor gemeenten, provincies, Rijkswaterstaat, EEG, etc.), waarvan € 7.000 voor VROM, op een ander gebied. Het Instituut werd met mijn emeritaat in 2006 opgeheven.

om in een fonds te storten is niet groot, zeker niet na zo'n succes voor de Hoge Raad in de afgelopen jaren, en met een teruglopende economie.

Het lijkt mij niet uitgesloten, in een realistische visie, dat na een paar jaar blijkt dat de zwarte Pieten maar rond gespeeld blijven zonder dat iemand een rekening naar zich toetrekt, terwijl het Fonds zich nog steeds achter de horizon bevindt, of in hoge mate ontoereikend is. Wat dan?

Bij ieder scenario dat zich dan aandient, zal de evaluatie van de verhaalsprocedures voor bodemsaneringkosten van de afgelopen decennia, zoals hierboven beschreven, op de agenda moeten komen. Men kan niet om de vraag heen hoe wij in deze toestand zijn terecht gekomen, en welke rol door de verschillende partijen daarbij gespeeld is. Er zijn van het begin af aan bedrijven geweest die hun verantwoordelijkheid op dit gebied genomen hebben, zoals DSM die indertijd voor zo'n 80 miljoen gulden een basin aangelegd heeft voor de opslag van schadelijke stoffen, in de zelfde tijd dat Shell tot en met de Hoge Raad procedeerde om iedere aansprakelijkheid te ontlopen. Bedrijven als Broom Chemie in het Oosten van het land, die eigen technieken ontwikkelde, tegen aanzienlijk lagere kosten, om de vervuiling uit de bodem te krijgen. Het kon ook anders, en ging ook anders, maar alleen op veel te kleine schaal. Er is duidelijk een milieurekening niet betaald door het bedrijfsleven, maar kan men zich blijven beroepen op de steun van de Hoge Raad?

Het verdient aantekening dat de overheid in veel gevallen ook zelf vuile handen heeft en daarom zal moeten bijdragen in de kosten van sanering; het handhavingsbeleid is decennia lang bedroevend slecht geweest. Het 'gedogen' werd een ambtelijk begrip, in plaats van 'waakzaamheid'. Maar dat zou hoogstens tot medeaansprakelijkheid, of matiging kunnen leiden, en daar voorziet de wetgeving ook in. Het 'polderen' met het bedrijfsleven van de laatste jaren is op deze gedachten gebaseerd. Maar zoals ik eerder heb beschreven, de overheid heeft als wetgever niet stil gezeten met de bodembescherming, om pas in 1975 te ontwaken. Die voorstelling van zaken is volkomen in strijd met de werkelijkheid, en dus het recht.

Er speelt nog iets mee, zoals op het congres van 22 mei 2008 naar voren gebracht: de door de Staat tot vergoeding van saneringskosten aangesproken bedrijven hebben jarenlang een fiscale voorziening daarvoor getroffen, zoals elke accountant zou adviseren, en dus een aanzienlijk financieel voordeel genoten, wij praten over miljoenen. Gecombineerd met de voor die bedrijven gunstige jurisprudentie van de Hoge Raad waardoor aansprakelijkheid geheel ontlopen werd, is dat wel erg veel mazzel. Het zou niet onredelijk zijn om dat genoten voordeel om te zetten in een bijdrage aan een fonds, ongetwijfeld ook weer fiscaal aftrekbaar, om zo de samenleving te verlossen van milieu en gezondheid bedreigende situaties op plaatsen die projectontwikkelaars liever links laten liggen, en dat zijn er nog heel veel. Het is altijd prettig om ook voor toekomstige generaties zorg te dragen. *People, Planet, Profit.*

5.6.3 *Worst case scenario. De wetgever is weer aan zet*

Als dat allemaal niets, althans onvoldoende blijkt op te leveren, zit er niets anders op dan dat VROM dit aan het parlement rapporteert, en dan is de wetgever wederom aan zet. Dat is immers de hoogste macht (van de Drie) in ons staatsrechtelijk bestel. Moeten wij de oude rekening maar weer voor de belastingbetaler laten? En dat terwijl de grondwaterproblematiek nijpend is, en dan hebben we het nog niet eens over de stijging van het zeewater en het effect daarvan op de vervuilde bodem in onze Lage Landen. Ik weet niet welke prioriteiten de wetgever gaat stellen, maar onder elk van beide *PPP principles* zou er betaald moeten worden, en dat kan onder zo prettig mogelijke voorwaarden. Maar leuker kunnen we het niet

meer maken. Het is dan wel te hopen dat de Staat en de wetgever dit keer eerst hun huiswerk goed maken. Het moet uit te leggen zijn.

BIJLAGE Hinderwetgeving

Toelichting

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

Zoals gezegd, alleen al op grond van de Hinderwet 1952 is het een raadsel de Hoge Raad, het jaar 1975 (nog wel 1 januari van dat jaar) heeft kunnen aanmerken als het tijdstip waarop de overheid zich het belang van het (bodem-) milieu ging aantrekken. Het toebrengen van schade aan de bodem was toen al geruime tijd in strijd met de wet, en daarmee onrechtmatig.

Daar kan men nog aan toevoegen: de eerder genoemde wetgeving op het gebied van bestrijdingsmiddelen sinds 1935, de Wet gevaarlijke stoffen 1963 (wetsontwerp van 1961), evenals belangrijke wetgeving op het gebied van waterverontreiniging, zoals de Wet verontreiniging Oppervlaktewateren uit 1969 (wetsontwerp van 1964). Zie boven, par. 2.2.

1 Overzicht Hinderwetgeving sinds 1952

1.1 *Inleiding*

In de Hinderwet van 1952, die de Hinderwet 1875 vervangen heeft, zijn regels gesteld ter voorkoming van *gevaar, schade of hinder* door inrichtingen (vgl. art. 2). Het gaat daarbij om schade, gevaar of hinder *buiten* de inrichting; indien het om gevaar, schade of hinder *binnen* de inrichting gaat, zijn andere wetten van toepassing, in de eerste plaats de Veiligheidswet 1934, waarmee de Hinderwet een nauwe samenhang vertoont (er zijn veel verwijzingen naar de Arbeidsinspectie).^{38 39} Inrichtingen kunnen zich ook in de *open ruimte* bevinden.

³⁸ Zie C. J. Nierstrasz, *De hinderwet*, 3^e dr., 1960; J.N. Elenbaas, *Handboek voor de beoefening van het Nederlandsche Administratieve recht*, Deel IV, Hinderwet – veiligheidswet – Stoomwet, 5^e dr., 1934, bewerkt door A. Koelma. Dit gold overigens ook al voor de Hinderwet 1875. Ingevolge de Veiligheidswet kon bij Amvb voorgeschreven worden wat gedaan diende te worden, zoals: 'g. tot het voorkomen van vergiftiging, besmetting of beroepsziekten'. Eveneens werd bepaald in welke gevallen eisen gesteld kunnen worden: '1^e. ten aanzien van den tijd gedurende welchen personen mogen vertoeven in ruimten, waar hooge of lage temperaturen, schadelijke dampen, gassen of stof voorkomen of waar gevaar voor vergiftiging bestaat', Elenbaas, p.18. De relatie met de oude Veiligheidswet werd al in 1896 gelegd, toen in de Hinderwet een aantal *bis*- en *ter*-artikelen opgenomen worden die de samenhang tussen beide wetten benadrukken. Zo kan een vergunning geweigerd worden wanneer de inrichting volgens het districtshoofd Arbeidsinspectie niet aan de eisen van art. 6 Veiligheidswet voldoet, aldus art. 11*bis* Hinderwet 1875.

³⁹ In de Hinderwet wordt ook naar andere wetgeving verwezen, soms nog in voorbereiding, die erop gericht is gevaren tegen te gaan als die welke in de Hinderwet voorkomen, bijv. de Grondwaterwet 1954. In 1959 zijn 'ioniserende stralen' als categorie XXIV Hinderbesluit opgenomen, in afwachting van wetgeving over gebruik van kernenergie, zie *S & J*, p.64. Het is derhalve geen toeval dat de Hinderwet uiteindelijk in de Wmb overgegaan is, enkele jaren geleden.

1.2 *Het begrip 'inrichtingen'*

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

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

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

V. Inrichtingen waar vloeistoffen waarvan het ontvlammingspunt, bepaald met het toestel van Abel-Pensky, bij een druk van 760 mm lager dan 55 gr. C is gelegen, worden verkregen of anders dan voor huishoudelijke doeleinden plegen te worden gebezigd of verwerkt, alsmede inrichtingen, bestemd tot bewaring van zodanige vloeistoffen.⁴⁰

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

Van belang is ook Inrichting sub VIII:

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

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

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

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

⁴⁰ Reeds in Hinderbesluit 1953-1959, zie *S & J*, 1960, p.60; Nierstrasz, p.167.

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

1.3 De categorieën 'inrichting' volgens het Hinderbesluit

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

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

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

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

Ingevolge art. 14 Hinderwet betekent het houden van een afvalberg een *uitbreiding van de inrichting*, hetgeen tot een nieuwe Hinderwet-vergunningsaanvraag moet leiden, zie Elenbaas, p.62:

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

Het gaat hier om een aanvullingsvergunning, stelt Elenbaas; die aanvraag moet op zichzelf worden beoordeeld, los van de eerdere vergunning (p.63).

Dit is van belang voor de Akzo-zaak, waarin sprake was van een HCH-afvalberg. Zoals gezegd kan een 'inrichting' in de open ruimte zijn, zoals in casu het geval was met de HCH-berg. Indien mijn veronderstelling juist is, heeft Akzo ook op dit punt onrechtmatig gehandeld, immers in strijd met de Hinderwet. Ik ben in het dossier alleen de vermelding van de Hinderwetvergunning van Akzo uit 1969 tegengekomen (de inhoud daarvan ken ik niet). In de schriftelijke toelichting van de raadsman van Akzo in cassatie ben ik dit onderwerp evenmin tegengekomen.

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

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

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

1.4 *Luchtverontreiniging. Bedrijfsstoornissen*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Daarmee is duidelijk dat in het kader van de Hinderwet medio jaren zestig het milieu pontificaal op de kaart gezet is, in vrijwel al zijn aspecten: te land, te water en in de lucht. De *bodem*, met name de kwetsbare kwaliteit daarvan, stonden in het centrum van de belangstelling van de wetgever.