

Multicausale milieuschades, de toepassing van art. 6:99 BW, en de vervuilde sloot uit Moerman - Bakker

Het terrein van de meervoudige causaliteit is mede onoverzichtelijk omdat het zich kenmerkt door onvaste indelingen in te onderscheiden causale figuren en het ontbreken van echt algemeen gangbare begrippen. Bij milieuschade komt daar het probleem bij dat schadegevallen maar moeizaam zijn in te passen in de causale figuren die in het algemene aansprakelijkheidsrecht worden onderscheiden. Toch vormen die figuren het beste vertrekpunt voor analyse van multicausale milieuschades, al was het maar omdat zo aan het licht komt waar het algemene aansprakelijkheidsrecht wordt verlaten en specifieke milieurechtelijke regels moeten worden gevonden. Daarom wordt hier eerst aan de hand van voorbeelden een overzicht gegeven van verschillende vormen van meervoudige causaliteit. Daarna wordt ingegaan op de toepassing van deze figuren op multicausale milieuschades, in het bijzonder op de toepassing van de figuur van de alternatieve veroorzaking van art. 6:99 BW, en op de beslissing van de Hoge Raad in het arrest Moerman - Bakker.

I Overzicht van verschillende vormen van meervoudige causaliteit

Het klassieke leerstuk van de 'mededaderschap' (men spreekt ook wel van 'meerdereaderschap' of van 'medeschuld') zoals dit vóór de invoering van het nieuwe BW in de jurisprudentie werd toegepast, had zowel betrekking op gevallen waarbij een bewuste samenwerking tussen de verschillende daders bestond, als op gevallen waarbij een dergelijke samenwerking ontbrak en de schade het gevolg was van twee of meer afzonderlijk gepleegde onrechtmatige daden.¹ De eerste vorm, mededaderschap met bewuste samenwerking, is na de inwerkingtreding van het nieuwe BW in feite opgeslokt door de *groepsaansprakelijkheid* van art. 6:166 BW. Dit artikel vereist dat sprake is van gedragingen in groepsverband van zodanige aard dat de kans op het aldus toebrengen van schade de deelnemers van die gedragingen had behoren te weerhouden. Op deze vorm van meervoudige causaliteit zal ik hier niet ingaan omdat zij bij milieuschade niet of nauwelijks een rol speelt.² In elk geval zijn alle groepsdeelnemers hoofdelijk aansprakelijk, ongeacht door wie van hen de geleden schade daadwerkelijk werd toegebracht, met een onderling regresrecht voor gelijke delen of volgens een andere maatstaf indien de billijkheid dat vordert. Zelfs wanneer vast komt te staan dat de schade in kwestie door een ander groepslid dan de aangesprokene werd toegebracht kan dat deze niet baten.

Bij de tweede vorm van 'mededaderschap' ontbreekt een bewuste samenwerking en is slechts sprake van een min of meer toevallige *samenloop van onzelfstandige oorzaken*³ die elk in CSQN-verband staan met de gehele schade. Zoals in het veel geciteerde *aanrijding*-arrest⁴ uit 1955, ook wel *London & Lancashire - Huygen* genoemd: De Lange en Huygen reden elk in een auto met een snelheid

van 50 à 60 km per uur. Huygen reed op een afstand van 5 à 10 meter achter de auto van De Lange. Het wegdek was nat. Op een gegeven moment wou De Lange een vrachtauto inhalen, die werd bestuurd door Beek. Toen Beek onverwacht linksaf sloeg moest De Lange fors remmen, waarop hij van achteren werd aangereeden door Huygen.

Hier waren de verkeersfouten van zowel Beek (plotseling linksaf slaan terwijl hij werd ingehaald) als van Huygen (onvoldoende afstand houden) noodzakelijk voor het ontstaan van de schade: denkt men het handelen van één van hen weg, dan was er in het geheel geen schade ontstaan. Beide onrechtmatige gedragingen staan in CSQN-verband met de gehele schade, maar hebben elkaar nodig om haar te doen ontstaan. De rechtbank meende dat wel iets voor een verdeling van de schade viel te zeggen en wees de vordering tegen Huygen slechts toe naar rato van zijn schuld, gesteld op 20%. De Hoge Raad oordeelde echter anders. De aan De Lange toegebrachte schade was weliswaar het gevolg van de samenloop van Huygen's rijfout met die van Beek, maar dat nam niet weg dat Huygen's fout 'in de zin der wet' oorzaak was van die schade. Huygen was dan ook tot vergoeding van de gehele schade gehouden, en moest zijn heil maar zoeken in verhaal op Beek.⁵ Bij samenloop van onzelfstandige oorzaken zijn beide veroorzakers dus voor het geheel aansprakelijk. Deze regel is in overeenstemming met het recht in andere landen.⁶ Anders dan soms wordt gesuggereerd is zij niet gecodificeerd in art. 6:102 lid 1 BW,⁷ maar volgt zij uit de toepassing van de hoofdregel van art. 6:98 BW. Belangrijk is dat deze regel bezien vanuit het CSQN-verband eigenlijk ook voor de hand ligt. Schade heeft altijd meer dan één 'oorzaak' in de zin van feiten en omstandigheden die noodzakelijk zijn voor het uiteindelijke resultaat.⁸ Niet valt in te zien waarom het aan iemands verantwoordelijkheid zou afdoen dat een

1 Zie Onrechtmatige daad I (oud) (De Groot) nrs 352 v.

2 Zie P.A. Kottenhagen-Edzes, *NJB* 1989, p. 1334 v. (op p. 1338).

3 A.J. Van (zie elders in dit nummer) geeft de voorkeur de term *multi-conditionaliteit*.

4 HR 4 nov. 1955, *NJ* 1956, 1 nt LEHR (*London en Lancashire - Huygen*).

5 Hij loopt daarbij wel een verhaalsrisico, zo voegde de HR hieraan toe, maar het is minder onbevredigend wanneer dat risico op de aangesprokene rust dan wanneer het door de benadeelde zou worden gedragen (zoals in het systeem van de rechtbank).

6 Zie T. Weir, *Complex liabilities*, Int. Enc. Comp. L. XI, Torts (1971) ch. 12 nrs 79-81; E. von Caemmerer, *ZfRV* 1968 81, 85.

7 Deze bepaling heeft slechts tot gevolg dat de aansprakelijkheid van meerdere vergoedingsplichtigen een hoofdelijke is voorzover zij - krachtens rechtsregels die elders moeten worden gevonden - samenloopt. Zij houdt geen zelfstandige vestigingsgrond voor aansprakelijkheid in. Evenzo Mon. Nieuw BW 3-36 (Spier) nr 13. Een andere opvatting is wel denkbaar, maar dwingt tot een heilloze exegese van het begrip 'dezelfde schade' en leidt niet tot een ander resultaat, in elk geval niet in de hier bedoelde gevallen. Zie A.J. Akkermans, *WPNR* 6043 (1992) p. 251 m.k. en in het bijzonder noot 48.

8 Zie Asser-Hartkamp I (1996) nr 439. In zoverre ben ik niet gelukkig met de door A.J. Van (zie elders in dit nummer) gehanteerde term 'multi-causaliteit', omdat elke schade strikt genomen multi-causaal is in de hier bedoelde zin.

van die omstandigheden is gelegen in de onrechtmatige daad van een derde, aldus ook A-G Langemeijer in zijn conclusie voor het arrest. Dit is pas anders wanneer zo'n omstandigheid aan de benadeelde kan worden toegerekend in de zin van art. 6:101 BW ('eigen schuld'). Dan vindt wel een verdeling van de schade plaats, en wel 'in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen', tenzij de billijkheid een andere verdeling eist.

Van de voorgaande figuur moet worden onderscheiden de veroorzaking van deelschade.⁹ Hierbij is elk der oorzaken slechts causaal voor een deel van de in totaal bij de benadeelde ontstane schade, en bestaat dus géén CSQN-verband tussen de ene oorzaak en het deel van de schade dat uitsluitend aan de andere oorzaak is te wijten. Een bekend voorbeeld is de casus van het *Kalimijnen*-arrest:¹⁰

Enkele kwekers in het Westland ondervonden schade van het hoge zoutgehalte van het water van de Rijn. Voor een deel werd dit hoge zoutgehalte veroorzaakt door lozingen van gedaagde, de Franse *Mines de Potasse d'Alsace* (MDPA), voor een deel door natuurlijke oorzaken en lozingen van anderen. Eisers hadden hun vordering beperkt tot een zodanig deel van hun totale schade als overeenkwam met het aandeel van MDPA in de totale zoutbelasting van de Rijn.

De rechtbank stelde vast dat er een *lineair verband* bestond tussen de toeneming van het zoutgehalte van het rijnwater en de verminderde opbrengst van de daarmee besproeide gewassen (hoe minder zout, hoe minder schade). De belangrijkste schadepost bestond echter niet uit die verminderde opbrengst, maar uit de kosten verbonden aan de aanleg en het onderhoud van ontziltingsapparatuur. Een lineair verband tussen zoutbelasting en deze schade bestond niet (bij bijv. 10% minder zout zouden deze kosten waarschijnlijk even hoog blijven, mogelijk ook lager, maar hooguit bij toeval juist 10% lager). Niettemin konden ook deze kosten volgens de Hoge Raad naar rato van het aandeel in de zoutbelasting ten laste van MDPA worden gebracht. Een lineair verband is dus niet vereist. Waar het om gaat is dat de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van een individuele gedaagde berust, niet causaal is voor de gehele schade.¹¹ Ook in de literatuur wordt aangenomen dat bij de veroorzaking van deelschade slechts aansprakelijkheid bestaat voor een overeenkomstig deel van de totale schade,¹² hetgeen overeenstemt met het recht van andere landen.¹³ Ook deze regel ligt gezien vanuit het CSQN-criterium min of meer voor de hand, al kan dit criterium niet strak worden gehanteerd bij de verdeling van de totale schade, zoals de schadepost van de ontziltingsapparatuur illustreert.¹⁴

Een volgende figuur is die van de *sluipende schade*. Hierbij gaat het om schade als gevolg van een geleidelijk proces, waarbij elk der oorzaken weliswaar zelfstandig verantwoordelijk is voor een bepaalde 'beschadiging' (en in zoverre verwantschap bestaat met veroorzaking van deelschade) maar zij slechts gezamenlijk, na het overschrijden van een kritische drempel, schade veroorzaken in juridische

zin (en in zoverre bestaat verwantschap met samenloop van onzelfstandige oorzaken). Deze vorm komt veel voor bij milieuschade. Ik ontleen het volgende voorbeeld aan Spier:¹⁵

A, B en C oefenen achtereenvolgens hun bedrijf uit op een bepaald terrein. Zij maken gebruik van een aantal tanks waarin olie is opgeslagen. Eén daarvan lekt. De lekkage begon in 1960 (toen A de scepter ter plaatse zwaaide), ging voort tot in 1970 (B was toen heer en meester ter plaatse) en zelfs tot in 1980 toen C haar ontdekte en stopte. In de loop der jaren is veel olie in de grond gelopen. Eerst in 1978 (toen C daar zijn bedrijf uitoefende) is de concentratie olie in de grond zodanig groot dat deze moet worden gesaneerd. Pas deze saneringsnoodzaak heeft rechtens relevante vermogensschade doen ontstaan.

Spier heeft bepleit om in dit soort gevallen geen hoofdelijke, maar slechts een pro-rata-aansprakelijkheid aan te nemen,¹⁶ een opvatting die in de literatuur over het algemeen wordt ondersteund.¹⁷ Wel plaatsen sommigen vraagtekens bij de toepassing van de pro-rata-methode bij letselschade, zoals in het door Spier gebruikte voorbeeld van een werknemer die na jaren aan schadelijke stoffen te zijn blootgesteld – deels in een periode waarin zijn werkgever daarmee wegens de onbekendheid van het gevaar niet tekort schoot – uiteindelijk ziek wordt.¹⁸ In Engeland zijn juist in deze context een aantal uitspraken gedaan die een pro-rata-aansprakelijkheid inhouden,¹⁹ een benadering die in de Engelse literatuur wel als 'obvious' wordt gekenschetst.²⁰ De Nederlandse rechter heeft zich over deze problematiek nog niet uitgesproken.²¹ Omdat sluipende schade een soort tussen-

9 A.J. Van (zie elders in dit nummer) spreekt van 'cumulatieve causaliteit'. Ik geef de voorkeur aan 'veroorzaking van deelschade' omdat ik meen dat deze term het verschil met de hierna te bespreken 'dubbele veroorzaking' beter doet uitkomen.

10 HR 23 sept. 1988, NJ 1988, 783 nt JHN & JCS (MDPA - Bier e.a.).

11 Zie A.J. Akkermans, WPNR 6043 (1992) p. 253 l.k.

12 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 102 aant. 6.2; Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr 15.

13 Zie A.J. Akkermans, a.w. p. 250-251.

14 Zie nader A.J. Akkermans, a.w. p. 253.

15 Zie Mon. Nieuw BW B-26 (Spier) nr 52.

16 Zie J. Spier, *Sluipende schade* (oratie Tilburg 1990); Mon. Nieuw BW B-26 (Spier) nrs 51 v.

17 Zie A.J.O. van Wassenae van Catwijck, *RM-Themis* 1992 p. 246 v.; P. Clausing, *NTBR* 1992 p. 50 v.; P.A. Kottenhagen-Edzes, *M&R* 1991 p. 253 v. Eveneens positief, maar toch wat voorzichtiger: R.A. Salomons, *VA* 1991 p. 345; W.Th. Braams, *VR* 1991 p. 312 v. Afwijzend: Ph.H.J.G. van Huizen, *WPNR* 6027 (1991) p. 822 v.

18 Zo P. Clausing, t.a.p. p. 51 r.k.; P.A. Kottenhagen-Edzes, t.a.p. p. 255.

19 Zie Crookall v. Vickers-Armstrong [1955] 1 W.L.R. 659; Thompson v. Smiths Shiprepairers (North Shields) [1984] Q.B. 405.

20 Aldus *McGregor on Damages* (1988) § 380. Voor verdere rechtsvergelijkende gegevens zie Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr 52.

21 In het bekende arrest van 25 juni 1993, NJ 1993, 696 nt PAS (*Cijsouw - De Schelde*) speelde wel eenzelfde temporeel causaliteitsprobleem als in het door Spier gebruikte voorbeeld, maar ging het niet om een schade die het gevolg is van een voortdurend proces. Het ontstaan van de betreffende asbestziekte – mesothelioom – werd zodanig voorgesteld dat dit het gevolg zou zijn van het inademen van één fataal asbestkristal, of tijdens de nalatigheidsperiode, of daarvoor, zodat werd uitgegaan van alternatieve oorzaken. Overigens doet deze voorstellingswijze maar beperkt recht aan de werkelijke samenhang tussen mesothelioom en een langdurige blootstelling aan asbest.

figuur vormt tussen samenloop van onzelfstandige oorzaken en veroorzaking van deelschade lijkt men hier qua systematiek ook beide kanten (hoofdelijkheid zowel als pro-rata) op te kunnen. Een pro-rata-oplossing schijnt mij in elk geval bij milieuschade zoals in het voorbeeld in principe het meest redelijk. Bij letselschade is het echter zeer de vraag of de Hoge Raad daar, gezien zijn bijzonder slachtoffervriendelijke uitspraken van de laatste jaren, wel aan zal willen.

De volgende figuur is die van de *alternatieve veroorzaking* die in het nieuwe BW een plaats heeft gevonden in art. 6:99 BW. Het is dit artikel waarop de Hoge Raad zijn beslissing in Moerman - Bakker heeft gebaseerd. Zie daarover nader onder 3. Het 'klassieke' voorbeeld van alternatieve veroorzaking is de noodlottige jachtpartij:

Drie jagers schieten in de richting van X, die door één kogel wordt getroffen, niet kan worden uitgemaakt door de kogel van wie.

X kan jegens geen der jagers causaal verband bewijzen, en om te voorkomen dat hij met lege handen zou blijven staan, verplaatst art. 6:99 BW het 'wie van de drie'-probleem naar de jagers. Ieder van hen is aansprakelijk, tenzij hij kan bewijzen dat de eigen kogel niet causaal was voor de schade. Naar de vorm gaat het hier om een regel van bewijslastomkeer, naar de inhoud komt art. 6:99 BW meer neer op een bijzondere bepaling van materieel recht.²²

Behalve de alternatieve veroorzaking heeft nog een tweede figuur in art. 6:99 BW een plaatsje gevonden, namelijk die van de *gelijktijdige veroorzaking*.²³ Bij gelijktijdige veroorzaking, anders dan bij 'zuivere' alternatieve veroorzaking, sluiten de mogelijke oorzaken elkaar *niet* wederzijds uit: er is niet sprake van meer dan een *mogelijke* oorzaak maar van meer dan een *zekere* oorzaak. Om in de jagers-sfeer te blijven:

Twee jagers raken gelijktijdig X, elk der kogels was voldoende om diens overlijden te bewerkstelligen.

Art. 6:99 BW bepaalt dat de schade door *ten minste één* van de gebeurtenissen moet zijn ontstaan. Dat kunnen dus ook alle gebeurtenissen zijn. In theorie zou ieder der daders zich op het ontbreken van CSQN-verband kunnen beroepen: de schade zou immers eveneens zijn ontstaan wanneer men zijn handeling wegdenkt. Krachtens art. 6:99 BW zijn beide jagers voor de gehele schade aansprakelijk.

Met de figuur van de gelijktijdige veroorzaking zijn wij inmiddels het terrein betreden van de *dubbele veroorzaking*. Onder deze noemer worden nog meer vormen van meervoudige causaliteit onderscheiden waarbij een probleem bestaat met het CSQN-vereiste.²⁴ Net als bij gelijktijdige veroorzaking gaat het telkens om 'zekere' oorzaken die zelfstandig in staat waren om de gehele schade te weeg te brengen, maar het tijdsverloop ligt anders. In verband met de cruciale rol die de factor tijd hier speelt bestaat ook een belangrijk verschil tussen moment- en voortdurende schade.

Bij momentschade – zoals in de jagervoorbeelden – is de vraag beslissend of een tijdsverloop tussen de oorzaken kan worden vastgesteld. Is dat niet het geval, dan is sprake van gelijktijdige veroorzaking. Maar wanneer oorzaak A eerder zijn uitwerking vond dan oorzaak B, dan spreekt men wel van *hypothetische veroorzaking*:

A steekt het huis van X in brand, dat volledig afbrandt. Even later stort het vliegtuig van B neer, precies op de plaats waar de overblijfselen van het huis van X zich bevinden.

Vrij algemeen wordt aangenomen dat alleen A, en niet B aansprakelijk is. B veroorzaakte immers geen schade (meer). Er worden nog meer vormen van dubbele veroorzaking onderscheiden maar die laat ik hier rusten omdat zij geen rol spelen bij milieuschades.²⁵

2 Toepassing van deze figuren op multicausale milieuschades

Bij milieuschades doet zich relatief vaak de situatie voor dat meerdere personen in causale zin betrokken zijn, of kunnen zijn, bij een concreet verontreinigingsgeval. Een alledaags voorbeeld is het vervuilde bedrijfsterrein waarop in de loop der tijd verschillende bedrijven gevestigd zijn geweest, en dat thans gesaneerd is of moet worden. Welke bedrijven kunnen dan in welke mate civielrechtelijk voor de saneringskosten worden aangesproken?

In theorie kunnen vragen van causaliteit – de criteria die bepalen welke bedrijven *onrechtmatig* handelden laat ik hier rusten – worden beantwoord door het geval onder te brengen bij een of meer van de hiervoor beschreven causale figuren. Indien bijvoorbeeld twee van de verontreinigingsbijdragen ieder op zich nog niet, maar samen wél tot (een deel van) de sanering noopten hebben wij – net als in het *aanrijding*-arrest – voor wat deze twee betreft te doen met de figuur van samenloop van onzelfstandige oorzaken, op grond waarvan een hoofdelijke aansprakelijkheid voor (het betreffende deel van) de saneringskosten kan worden aangenomen. Indien de saneringsdrempel pas werd overschreden door een derde of vierde verontreinigingsbijdrage hebben wij – net als in het voorbeeld van de lekkende olietank – te doen met een sluipende schade waarbij een pro-rata-aansprakelijkheid meer in de rede ligt. Denkbaar is ook dat buiten redelijke twijfel komt te staan dat het eerste in aanmerking komende bedrijf de bodem reeds zodanig heeft verontreinigd dat de *volledige* sanering zoals die is uitgevoerd of plaats dient te vinden, alleen al daardoor noodzakelijk is geworden, als gevolg waarvan met betrekking tot

²² Zie A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. 1997, p. 55-72.

²³ Zie *Schadevergoeding* (Boonekamp) art. 98 aant. 22, waar wordt gesproken van *gelijktijdig werkende oorzaken*.

²⁴ Zie *Schadevergoeding* (Boonekamp) art. 98 aant. 18-23; A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. 1965), nr 155 v.

²⁵ Zie voor een overzicht A.J. Akkermans, *Oorzakelijk verband*, in: *BW-krant Jaarboek 1996; Schadevergoeding* (Boonekamp), art. 98 aant. 18-23.

de latere verontreinigingen sprake is van hypothetische veroorzaking. Wie verontreiniging toevoegt aan een terrein dat toch al gesaneerd moet worden, veroorzaakt immers – net als een vliegtuig dat neerstort op een huis dat er niet meer staat – geen (extra) schade meer. Maar ook heel goed denkbaar is dat het te saneren gebied, of althans de saneringskosten, door latere verontreinigingsbijdragen groter is geworden, en dan hebben wij te doen met de veroorzaking van deelschade. Zowel voor de eerste als voor de latere verontreiniger geldt immers dat geen CSQN-verband bestaat tussen de gebeurtenis waarop zijn aansprakelijkheid berust en het deel van de schade dat uitsluitend aan de andere verontreiniger is te wijten. Zie over deze situatie nader onder 4. Op de vraag hoe eventuele onzekerheid over de omvang van beide schadepartijen moet worden gehanteerd, ga ik in onder 5.

In de praktijk loopt een dergelijke causale kwalificatie nogal eens vast op een gebrek aan informatie. Welke bedrijven hebben welke stoffen in welke hoeveelheid op welk deel van het terrein terecht doen komen? Wat was het tijdsverloop tussen de verschillende verontreinigen en welke schade is daardoor veroorzaakt? Slechts bij uitzondering kan deze gordiaanse knoop op eenvoudige wijze worden ontward. Doorgaans zijn gegevens als tijdstip, intensiteit en de exacte locatie van elkaar te onderscheiden lozingen of verontreinigingsbijdragen onvoldoende bekend om het schadegeval in een bepaalde causale figuur onder te brengen. Een reconstructie van de historische gang van zaken is achteraf vaak niet meer te maken. Althans, voorzover mij bekend gebeurt dat doorgaans niet, maar misschien is er een gat in de markt voor een grondsaneringsbedrijf dat – zoals de technische verkeersdienst bij een gecompliceerd verkeersongeval – tijdens het opruimen een soort retrospectieve ongevalanalyse kan uitvoeren. Door dit informatieprobleem loopt de causale kwalificatie van multicausale milieuschades vaak uit op een kwestie van bewijs, en daarmee van bewijslastverdeling. Het is om deze reden dat art. 6:99 BW, dat immers een bepaalde bewijsregel bevat, van betekenis kan zijn bij alledaagse gevallen van milieuschade zoals in het arrest Moerman - Bakker.

Ik merk hier nog op dat dit informatieprobleem niet de enige reden is waarom het toepassen van de causale figuren uit het algemene aansprakelijkheidsrecht op multicausale milieuschades iets moeizaams heeft. Ook het resultaat daarvan spreekt lang niet altijd aan. Soms gaat dit nogal ver (hoofdelijke aansprakelijkheid van Jan en alleman voor zeer omvangrijke schades), soms juist niet. Een voorbeeld van het laatste is het hiervoor genoemde geval dat een terrein door een eerste vervuiler zodanig werd verontreinigd dat volledige sanering reeds daardoor noodzakelijk werd. Zoals gezegd zijn latere vervuilers dan volgens de klassieke doctrine niet aansprakelijk omdat met betrekking tot hun vervuiling sprake is van hypothetische veroorzaking. Zij veroorzaakten geen schade meer. Deze uitkomst is niet altijd even bevredigend. Het enkele tijdsverloop tussen de verschillende verontreinigingen wordt doorslaggevend en dat heeft iets willekeurigs.²⁶ Dit klemt temeer wanneer bijvoorbeeld de eerste vervuiling zodanig lang geleden

plaatsvond dat deze niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt, terwijl de latere vervuilers wel degelijk een (groot) verwijt valt te maken, of wanneer de eerste vervuiler geen verhaal meer biedt omdat hij heeft opgehouden te bestaan, en latere vervuilers dat verhaal in principe wel zouden bieden. Om deze reden heb ik bepleit om in dit soort situaties van het tijdsverloop te abstraheren.²⁷ Mede in verband met de hier geschetste problemen wordt in praktijk wel geprobeerd – in elk geval buiten de rechtszaal – om de gordiaanse knoop door te hakken aan de hand van het principe *pro rata temporis*: een verdeling van de saneringskosten naar rato van het aantal jaren dat de verschillende in aanmerking komende bedrijven of personen op het betreffende terrein actief zijn geweest. Mits daarbij ruimte wordt gelaten voor de nodige nuanceringen lijkt mij dat een zinvolle benadering. Zij sluit naadloos aan bij het voorstel van Spier voor een pro rata aansprakelijkheid bij sluipende schade. In de overheidsrechtspraak echter, zijn specifieke milieurechtelijke causaliteitsregels bij mijn weten nog niet tot ontwikkeling gekomen. In zekere zin is het opmerkelijk – en ook onbevredigend – dat het civiele aansprakelijkheidsrecht voor zo'n alledaags situatie als het hier besproken voorbeeld nog immer geen eenvoudig antwoord heeft (al komt dat fenomeen helaas wel vaker voor). Over deze kwestie is het laatste woord beslist nog niet gezegd. In elk geval meen ik dat, ondanks alle hier boven beschreven tekortkomingen, de causale figuren uit het algemene aansprakelijkheidsrecht het beste vertrekpunt zijn voor de analyse van multicausale milieuschades, al was het maar omdat zo aan het licht komt waar het algemene aansprakelijkheidsrecht wordt verlaten en specifieke milieurechtelijke regels (moeten) worden gevonden.

3 Het arrest Moerman - Bakker

De beslissing van de Hoge Raad in het arrest *Moerman - Bakker* is een bemoedigend voorbeeld van de specifieke toepassing van een causale figuur uit het algemene aansprakelijkheidsrecht – die van de alternatieve veroorzaking – op het terrein van de multicausale milieuschades. De casus van het arrest zal bij velen bekend zijn. Ik vat hem als volgt samen.

Tussen het perceel van Moerman en dat van Bakker lag een sloot die op last van het waterschap moest worden uitgebaggerd. Deze sloot bleek zodanig vervuild met zware metalen en minerale oliën dat de daaruit afkomstige baggerspecie als chemisch afval moest worden afgevoerd. Bakker vorderde van Moerman vergoeding van de daaraan verbonden kosten ad f 11.700,-, stellende dat de vervuiling door Moerman was veroorzaakt doordat deze op zijn perceel een autospuitery exploitteerde – evenals voorheen een zekere Van Breeden – zij het – anders dan Van Breeden – zonder vergunning en zonder zich te houden aan de voorwaarden waaronder destijds vergunning aan Van Breeden

²⁶ Evenzo J.H.W. de Planque, *BR* 1985, p. 695 nr 5.5; A.J. Akkermans, *WPNR* 6043 (1992) p. 254 m.k.

²⁷ *WPNR* 6043 (1992) p. 254 m.k.

was verleend, die onder meer zagen op de afvoer van verforesten. Moerman ontkende dat alles, en stelde dat de zoon van Bakker de vervuiling had veroorzaakt door auto's te repareren en daarbij olie te laten weglopen.

De Rechtbank oordeelde dat Bakker was geslaagd in het hem opgedragen bewijs dat Moerman de sloot had verontreinigd en veroordeelde Moerman tot vergoeding van de schade die daarvan een direct gevolg was, op te maken bij staat. Moerman ging in hoger beroep, met als voornaamste grief dat de Rechtbank niet voorbij had mogen gaan aan de mogelijke medeschuld van Van Breeden en/of de zoon van Bakker. Het Hof overwoog dat deze mogelijke medeschuld niet aan de aansprakelijkheid van Moerman kon afdoen:

'Nu [...] moet worden aangenomen dat Moerman onrechtmatig heeft gehandeld ten opzichte van Bakker, is uitgangspunt dat Moerman jegens Bakker aansprakelijk is voor de gehele nog vast te stellen schade. (Een) eventuele regresvordering(en) van Moerman op (een) derde(n) doet (doen) daaraan niet af.'

Moerman ging in cassatie. Het middel voerde onder meer aan dat het enkele feit dat Moerman onrechtmatig had gehandeld en de sloot had verontreinigd, niet meebracht dat hij aansprakelijk was voor de gehele schade terzake van de verontreiniging, met name niet voor schade ontstaan door verontreiniging door Van Breeden – huurder van een perceelsgedeelte in de periode voordat Moerman eigenaar van het betreffende perceel was – of door de zoon van Bakker. Dit middel trof geen doel, aldus de Hoge Raad, die het arrest van het hof aldus interpreteerde:

“ 's Hofs overwegingen moeten kennelijk aldus worden begrepen dat het Hof ervan is uitgaan: dat is komen vast te staan dat Moerman de afwateringssloot heeft verontreinigd met chemicaliën en zware metalen; dat als gevolg van verontreiniging met deze stoffen de [...] saneringskosten nodig zijn geworden; dat mogelijk is dat Van Breeden en de zoon van Bakker tot de verontreiniging hebben bijgedragen; dat in die omstandigheden Moerman voor de gehele schade [...] aansprakelijk is, tenzij de gedragingen van Van Breeden en de zoon van Bakker aan Bakker als eigen schuld zouden kunnen worden toegerekend; dat daarvoor evenwel geen goede grond bestaat. Aldus heeft het Hof kennelijk de gedachtengang gevolgd, die ook aan het huidige art. 6:99 BW ten grondslag ligt en die in een geval als hier aan de orde is, erop neerkomt dat, wanneer vaststaat dat de aangesprokene aansprakelijk is voor een bepaalde gebeurtenis waardoor de gehele gevorderde schade kan zijn ontstaan, die schade niet geheel of gedeeltelijk voor rekening van de benadeelde behoort te blijven op de grond dat anderen, voor wie hij niet verantwoordelijk is, naar de stellingen van de aangesprokene een deel van de schade hebben veroorzaakt en de benadeelde niet kan bewijzen dat de gehele schade het gevolg van de voormelde gebeurtenis is.”

Zoals door de meeste commentatoren is signaleerd, is de feitelijke causale gang van zaken nauwelijks uit de verf gekomen. Mede daardoor blijft onduidelijk waarop precies

rechtbank en hof hun oordeel hebben gebaseerd. Het hof lijkt zelfs te willen zeggen dat het enkele feit dat Moerman onrechtmatig heeft gehandeld meebrengt dat hij *dus* in principe aansprakelijk is voor de gehele schade. Dat is uiteraard een bocht te kort. De vaststelling ontbreekt dat het onrechtmatig handelen de gehele schade heeft veroorzaakt (al dan niet als één van twee of meer samenlopende onzelfstandige oorzaken) of tenminste als één van twee of meer mogelijke oorzaken voor elk waarvan een ander dan de benadeelde verantwoordelijk is, heeft *kunnen* veroorzaken (in de zin van art. 6:99 BW). Daarmee werd het cassatiemiddel wel een beetje uitgelokt.

4 De toepassing van art. 6:99 BW op multicausale milieuschades

De Hoge Raad heeft het arrest van het hof gesauveerd door er een toepassing van het principe van art. 6:99 BW in te lezen. In abstracto is die toepassing op dit soort casusposities vrij simpel: indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van een gedaagde is gebaseerd (hier: het laten belanden van chemicaliën en zware metalen in de sloot) adequaat is om de gehele schade (hier: de sanerings- en andere kosten) te veroorzaken, dan brengt het principe van art. 6:99 BW mee dat de gedaagde voor die gehele schade aansprakelijk is, behoudens voorzover hij bewijst dat (een gedeelte van) de schade niet door hem, maar uitsluitend door een ander is veroorzaakt. Het is dus nadrukkelijk de gedaagde die aan zet is. Daarbij is niet voldoende dat hij, zoals Moerman per saldo deed, alleen maar *stelt* dat tevens een ander verantwoordelijk is, maar zal hij de (de omvang van) diens bijdrage ook werkelijk voldoende aannemelijk moeten maken, en zijn eigen maximale bijdrage moeten kwantificeren. Wie zelf voldoende deed of naliet om 100% te veroorzaken, maar stelt in werkelijkheid niet zoveel te hebben veroorzaakt omdat een deel (bijv. 40%) uitsluitend aan een ander is te wijten, zal de veroorzaking van die 40% door die ander aannemelijk moeten maken – of althans dat 60% zijn eigen maximale bijdrage is – anders draait hij toch voor het volle pond op. En slaagt hij in zijn tegenbewijs slechts gedeeltelijk (bijvoorbeeld voor 20%) dan blijft hij aansprakelijk voor het resterende deel (dus voor 80%). In de VS is dit wel aangeduid als *'liability to the extent not disproved'*.

De eerste vaststelling had dus moeten zijn dat Moerman de sloot in zodanige mate had verontreinigd dat mogelijk reeds daardoor alle baggerspecie als chemisch afval moest worden afgevoerd. Deze vaststelling werd door de Hoge Raad aan het hof toegedicht. Daarvan uitgaande bracht het principe van art. 6:99 BW mee dat Moerman aan aansprakelijkheid kon ontkomen (respectievelijk de omvang daarvan kon beperken) indien hij bewees dat (een deel van) de baggerspecie reeds door voorafgaande verontreiniging afkomstig van Van Breeden en/of de zoon van Bakker had moeten worden afgevoerd. Voorzover dat daadwerkelijk reeds het geval was, zou met betrekking tot de vervuiling door Moerman sprake zijn van hypothetische veroorzaking. Indien bijvoorbeeld de helft van de baggerspecie reeds had moeten worden afgevoerd in verband met vervuiling

afkomstig van Van Breeden, en de andere helft omdat de vervuilende activiteiten daarna waren voortgezet door Moerman, zou Moerman slechts voor de helft van de schade aansprakelijk zijn geweest. Voor de andere helft zou hij immers zijn geslaagd in het tegenbewijs dat art. 6:99 BW voor hem openstelt.

5 Art. 6:99 BW en twijfel over de omvang van deelschades

Een complicatie die zich in dit soort gevallen kan voordoen is dat het *bestaan* van twee of meer schadedelen waarvoor verschillende personen verantwoordelijk zijn als zodanig wel aannemelijk wordt, maar dat aanmerkelijke onzekerheid blijft bestaan over hun precieze *omvang*. In Duitsland spreekt men in dit verband wel van 'Anteilszweifel'. Stel dat Moerman voldoende aannemelijk kan maken dat de vervuiling door Van Breeden tenminste zodanig was dat 30% van de totale hoeveelheid baggerspecie die uiteindelijk werd afgevoerd, reeds had moeten worden afgevoerd. De met die 30% verband houdende kosten betreffen dan schade die reeds door Van Breeden, en niet (meer) door Moerman werd veroorzaakt. En stel dat tegelijkertijd overeind blijft staan dat, de activiteiten van Moerman weggedacht, zeker 20% van de totale hoeveelheid afgevoerde specie niet afgevoerd had hoeven te worden. De met die 20% verband houdende kosten betreffen dan schade die uitsluitend pas door Moerman, en niet (reeds) door Van Breeden, werd veroorzaakt. Dit heeft logischerwijs tot gevolg dat van de overige 50% van de totale hoeveelheid afgevoerde baggerspecie, *niet* zal vast staan of deze reeds door Van Breeden, of pas door Moerman, zodanig werd verontreinigd dat zij moest worden afgevoerd. Toepassing van art. 6:99 leidt dan naar mijn mening tot het volgende,²⁸ waarbij ik het perspectief niet zal beperken tot de aansprakelijkheid van Moerman, maar ook die van Van Breeden zal bespreken.

Onderscheiden moet worden tussen drie schadedelen:

1. Het deel waarvan *vastgesteld* kan worden dat het reeds werd veroorzaakt door Van Breeden en dus niet (meer) door Moerman (in het voorbeeld 30%).
2. Het deel waarvan *vastgesteld* kan worden dat het pas werd veroorzaakt door Moerman en dus niet (reeds) door Van Breeden (in het voorbeeld 20%).
3. Een deel groot 100% min (1 plus 2) (in het voorbeeld dus 50%), waarvan niet kan worden vastgesteld door wie het werd veroorzaakt.

Volgens de hoofdregel van art. 6:98 BW en het principe van de hypothetische veroorzaking is Van Breeden dan aansprakelijk voor deel 1 en Moerman voor deel 2. Maar met betrekking tot deel 3 is sprake van alternatieve veroorzaking en kan art. 6:99 worden toegepast. In het voorbeeld leidt dat ertoe dat Van Breeden jegens Bakker aansprakelijk is voor 30% (krachtens art. 6:98 BW) plus 50% (krachtens art. 6:99 BW), dat is samen 80%. En Moerman is aansprakelijk voor 20% (krachtens art. 6:98 BW / hypothetische veroorzaking) plus 50% (krachtens art. 6:99 BW), samen dus 70%. Daarmee is het maximum van ieders aansprakelijkheid bereikt. Art. 6:99 kan geen aansprakelijkheid scheppen voor schade die men *onmogelijk* veroorzaakt kan hebben.

Of, in termen van bewijslastverdeling, het artikel kan de bewijslast niet 'omdraaien' voor schade waarvan *vaststaat* dat zij uitsluitend door een ander is veroorzaakt. Uiteraard kan Bakker in het voorbeeld slechts schadevergoeding vorderen tot het maximum van de door hem geleden schade, in totaal dus 100%. De aansprakelijkheid van Van Breeden voor 80% van de totale schade, en die van Moerman voor 70% van de totale schade, overlappen elkaar voor een gedeelte groot 50% van de totale schade. Het gaat hier om 'gedeeltelijk overlappende aansprakelijkheid', een tussenfiguur tussen totaal- en deelaansprakelijkheid.²⁹

6 De betekenis van Moerman-Bakker

Het aardige aan het arrest *Moerman-Bakker* is dat het laat zien hoe het in art. 6:99 BW belichaamde principe toepassing kan vinden op veel alledaagser casusposities dan de wat academisch aandoende jagervoorbeelden die in dit verband meestal van stal worden gehaald. Zoals gezegd is het arrest een bemoedigend voorbeeld van de specifieke toepassing van een causale figuur uit het algemene aansprakelijkheidsrecht – die van de alternatieve veroorzaking – op het terrein van de multicausale milieuschades, een terrein dat naar mijn mening dringend vraagt om de ontwikkeling van specifieke causaliteitsregels. Niet juist lijkt mij de opvatting van Van Dunné, die in het arrest een baanbrekende toepassing leest van – wat hij noemt – de 'DES-regel' op milieuschade, op grond waarvan hij kennelijk meent dat de Hoge Raad de weg heeft vrijgemaakt voor aansprakelijkheid voor de gehele schade, ook als slechts een deel daarvan door de aansprakelijk te houden persoon werd veroorzaakt.³⁰ Met anderen³¹ haal ik dat in elk geval niet uit het arrest, nu de Hoge Raad zijn beslissing expliciet baseert op de omstandigheid dat Moerman aansprakelijk was voor een gebeurtenis waardoor de *gehele* gevorderde schade kon zijn ontstaan. Daarmee heeft de Hoge Raad eenvoudig vastgehouden aan het uitgangspunt dat de aansprakelijkheid krachtens art. 6:99 BW zich slechts kan uitstrekken over schade die de gedaagde *mogelijk* heeft veroorzaakt. Voorzover een aansprakelijk te stellen persoon de schade niet *kan* hebben veroorzaakt, kan hij daarvoor ook niet aansprakelijk zijn, óók niet door toepassing van art. 6:99 BW.

²⁸ Zie nader A.J. Akkermans, diss. p. 72 v., en *BW-krant Jaarboek 1996*, p. 46-47.

²⁹ Zie A.J. Akkermans, diss. p. 78; J. Spier en A.J. Akkermans, *TMA 1991* p. 160.

³⁰ *TMA 1997*, p. 49 v.

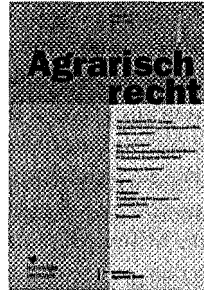
³¹ Spier, *A&V 1997*, p. 72 v.; Noordhuizen, *NbBW 1997*, p. 26 v.; Klik, *M&R 1997*, nr 61.

SUMMARY

Multi-causal environmental damages, the application of article 6:99 civil code and the polluted ditch from Moerman - Bakker

The area of independently operating causes is complicated partly because it is characterized by uncertain divisions in the figures operating and the lack of generally acceptable concepts. The good thing about the *Moerman - Bakker* case is that it shows how the principle embodied in article 6:99 CC can be applied to many more everyday cases than the somewhat academic hunter examples, which are most often dug up in this connection. As said, the case is an encouraging example of the specific application of a cause-and-effect construct in general liability law – that of independently operating causes – to the area of independently operating causes in environmental damages, an area that in the author's opinion is in urgent need of the development of specific causation rules. Van Dunne's interpretation of the case as a pioneering application of what he calls the 'DES-rule' to environmental damage – under which he apparently is of the opinion that the Supreme Court has cleared the way for liability for the total damage even if only a part of it is caused by the person held liable – is incorrect, in the author's opinion. Along with others, the author does not see that in the case, as the Supreme Court explicitly bases its decision on the circumstance that Moerman was liable for the event that could have caused *all* the damage claimed. The Supreme Court thereby simply held to the basic principle that liability under article 6:99 CC can only extend to damage the defendant *may* have caused. To the extent that a person held liable *cannot* have caused the damage, he cannot be held liable therefore, even under article 6:99 CC.

Met het tijdschrift Agrarisch recht blijft u op de hoogte!



Het tijdschrift *Agrarisch recht* geeft een zo volledig mogelijk beeld van de relevante ontwikkelingen op het terrein van het agrarisch recht.

Dit gebeurt in de vorm van artikelen, overzichten, boekbesprekingen, aankondigingen en rechtspraakbijdragen. Onderwerpen die daarbij spelen zijn pacht, landinrichting, ruilverkaveling, landbouw en ruimtelijke ordening, agrarisch milieurecht, landbouweffingen en landschap etc.

Het tijdschrift is bestemd voor overheidsinstanties, agrarische bedrijven, advocatenbureaus, adviesbureaus, makelaars, notarissen etc. De uitgave is ook uitermate interessant voor organisaties en wetenschappelijke instellingen die op juridische wijze te maken hebben met agrarische bedrijfsprocessen en de gevolgen daarvan.

Redactie: prof. mr. P. de Haan, prof. mr. W. Brussaard, mr. W. Filott, prof. mr. A.H.T. Heisterkamp, mr. W.R.J. van den Hende, mr. K. Kok, prof. mr. G.M.F. Snijders, mr. D.W. Bruil
Uitvoering: verschijnt 11 x per jaar
Prijs: f 238,- per jaar
Studentenabonnement: f 191,- per jaar
ISSN: 0167-4242

Hoe te bestellen?

Bel voor uw bestelling naar Servicecentrum Uitgevers, tel.: **070 - 378 98 80** of fax: **070 - 378 97 83**.


koninklijke
vermande

BESTELCOUPON

Ja, ik wil ook graag het tijdschrift *Agrarisch recht* direct na verschijning op mijn bureau. Noteer mij voor een abonnement (f 238,- per jaar).

Naam organisatie: _____

T.a.v.: _____ m / v

Straat: _____

Postcode + plaats: _____

Clientnummer (indien bekend): _____

Telefoon: _____ Fax: _____

E-mail adres: _____

Handtekening: _____

Stuur deze coupon in een open envelop (zonder postzegel) naar:

**Servicecentrum Uitgevers,
Antwoordnummer 125, 2501 XD DEN HAAG**

Prijswijzigingen voorbehouden. Prijs incl. BTW. Paginaprijzen excl. BTW. Verzendkosten tot f 500,-. Levering en diensten geschieden volgens de Algemene verkoop- en leveringsvoorwaarden van Servicecentrum Uitgevers te Den Haag. Een afschrift van deze voorwaarden zal de koper op diens eerste verzoek worden toegezonden. Ook verkrijgbaar via de boekhandel.