

# Enige internationale ontwikkelingen op het gebied van milieuschade en de grenzen van het civielrechtelijk schadebegrip

*W.J.G. Oosterveen\**

## 1. INLEIDING

De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.

Aldus zet artikel 6:95 BW de toon voor het civielrechtelijke schadevergoedingsrecht, dat derhalve in beginsel pas in stelling kan worden gebracht als iemand in zijn vermogensrechtelijke positie wordt aangetast. Ander nadeel is niet vergoedbaar, behalve voor zover de wet daarop uitdrukkelijk recht geeft. Zodra vastgesteld is dat de wet geen recht geeft op vergoeding van enig uit een bepaald voorval voortvloeiend 'ander nadeel', is het voor de benadeelde dus zaak aannemelijk te maken dat hij vermogensschade heeft geleden. Waar liggen nu de grenzen van het begrip vermogensschade en daarmee de grenzen van de vergoedbaarheid? De omvang van een bijdrage als deze staat uiteraard niet toe deze vraag in volle omvang te onderzoeken. Ik zal mij daarom beperken tot enige aspecten betreffende milieuschade, een onderwerp waarbij deze grenzen in beeld komen.

## 2. DE VERGOEDBAARHEID VAN MILIEUSCHADE IN NEDERLAND

Op het gebied van het milieuaansprakelijkheidsrecht heeft de laatste jaren een verkenning plaatsgevonden van de grenzen van het begrip schade, waarbij in het bijzonder de vraag wanneer een bepaald nadeel nog als vermogensschade kon worden aangemerkt, een sleutelrol heeft gespeeld. Op nationaal niveau is een voor dit rechtsgebied

\* Mr. W.J.G. Oosterveen is raadgever bij de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie en voorzitter van de Uitvoerende Commissie van het Internationaal Olieschadefonds.

belangrijke stap gezet met de inwerkingtreding op 1 februari 1995 van de Wet tot aanvulling van de Boeken 3, 6 en 8 van het Burgerlijk Wetboek met regels betreffende de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem.<sup>1</sup> In het kader van de totstandkoming van die wet zijn uitgebreide beschouwingen gewijd aan de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt.

De toelichting<sup>2</sup> stelt daarbij voorop dat de vraag in beginsel moet worden beantwoord aan de hand van afdeling 6.1.10 (toen nog: 6.1.9) van het Burgerlijk Wetboek. Dat uitgangspunt brengt, aldus de wetgever, mee dat alleen vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt die daadwerkelijk is geleden of in de toekomst nog daadwerkelijk zal worden geleden, dat de rechter bij de begroting van die schade een grote mate van vrijheid toekomt en dat vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade slechts mogelijk is binnen de grenzen van artikel 6:106. Daarbij wordt erop gewezen dat het juist bij milieuschade van belang is in het oog te houden dat alleen daadwerkelijk geleden of nog te lijden vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt en dat het daarvoor noodzakelijk is dat zowel vaststaat wie door die schade in zijn vermogen wordt getroffen als wie voor die schade aansprakelijk is. Het komt er dus op neer dat het schadebegrip wordt bepaald in het krachtenveld van de artikelen 6:95, 96, 97 en 106.

Het eerste van de twee door de wetgever genoemde vereisten voor het vaststellen van vermogensschade, te weten dat vast komt te staan wie door die schade in zijn vermogen wordt getroffen, is hier bij uitstek relevant.<sup>3</sup> De memorie van toelichting doet wat dit betreft vermoeden dat de wetgever gepoogd heeft zijn beste beentje voor te zetten waar het ging om de vergoedbaarheid van schade door milieu-aantastingen, hoewel duidelijk is dat de grens ligt daar waar niet langer van vermogensschade kan worden gesproken. Ook de voor het milieu welwillende interpretatie van het begrip 'schade aan zaken', waardoor in beginsel slechts schade aan de klassieke zgn. 'res com-

1. Verder: Aanvullingswet.

2. Memorie van toelichting, TK 1988-1989, 21 202, nr. 3, p. 15 e.v..

3. Het tweede aspect, dat vast moet komen te staan wie voor de schade aansprakelijk is, ziet voornamelijk op vragen van daderschap en causaliteit, en is hier minder relevant. Zie daarvoor bijvoorbeeld A.J. Van, *Onzekerheid over daderschap en causaliteit*, diss. Rotterdam, Gouda Quint, Arnhem 1995.

munes omnium' als de lucht en de zee daarbuiten valt,<sup>4</sup> duidt hierop, evenals het feit dat in de memorie van antwoord valt te lezen dat een onherstelbare beschadiging van een ecosysteem in beginsel een bron van vermogensschade is, waarbij de rechter op grond van artikel 6:97 de vrijheid heeft om te beoordelen of de kosten van het verwezenlijken van een alternatieve bestemming voor het gebied redelijkerwijs voor vergoeding in aanmerking komen.<sup>5</sup>

Concreet komt het erop neer dat de kosten van daadwerkelijk herstel vergoedbaar zijn binnen de — ruime — grenzen van artikel 6:97. Dit laatste kan inhouden dat de vergoedbare kosten van herstel uitgaan boven de (markt-)waarde van de aangetaste milieucomponent, bijvoorbeeld een stuk natuurgebied. Ook behoeft, zoals gezegd, bij herstel niet uitsluitend te worden gedacht aan nauwkeurig herstel in de vorige toestand. Onder omstandigheden kan het ook gaan om het aanbrengen van vergelijkbare natuurwaarden of het realiseren van een vergelijkbare bestemming.<sup>6</sup>

Kosten van herstel zijn in de praktijk niet altijd te onderscheiden van de kosten van redelijke maatregelen ter voorkoming of beperking van schade. De laatste komen voor vergoeding in aanmerking op grond van de artikelen 6:96 lid 2, onder a, en 6:184. Hetzelfde geldt voor schade die door het nemen van dergelijke maatregelen ontstaat.<sup>7</sup> Een bijzonder type preventieve maatregelen betreft het geval waarin bepaalde voorzieningen permanent in stand worden gehouden teneinde in het geval van een (dreigende) milieuschade snel en slagvaardig op te kunnen treden. In beginsel komt een proportioneel deel van deze vaste kosten voor vergoeding in aanmerking.<sup>8</sup>

Tot slot kan worden gewezen op de Borcea-zaak,<sup>9</sup> die in 1991 door de Rechtbank Rotterdam werd gewezen en waaraan de wetgever in de memorie van antwoord nog aandacht heeft kunnen besteden. In die uitspraak werd bepaald dat de Nederlandse Vereniging tot Bescherming van Vogels de kosten van in het belang van het milieu

4. Memorie van toelichting, p. 18. Hierbij moet worden bedacht dat de vraag of het om schade aan zaken gaat in het kader van het wetsvoorstel een bijzonder gewicht had door de formulering van artikel 175.

5. Memorie van antwoord, TK 1990-1991, 21 202, nr. 6, p. 26.

6. Memorie van toelichting, p. 19.

7. Memorie van toelichting, p. 19.

8. Memorie van toelichting, p. 20-21.

9. Rechtbank Rotterdam, 15 maart 1991, NJ 1992, 91.

genomen maatregelen kon verhalen op degene door wiens toerekenbaar onrechtmatig handelen het maken van die kosten noodzakelijk was geworden. Het ging in die zaak o.m. om kosten gemaakt voor het opvangen en schoonmaken van met olie besmeurde vogels. De rechtbank had voor haar beslissing een aantal overwegingen. In de eerste plaats werd vastgesteld dat behoud en bescherming van zeevogels naar de huidige maatschappelijke opvattingen moet worden beschouwd als een in Nederland rechtens te beschermen algemeen belang en dat de bescherming van dit belang viel onder de doelstelling van de milieu-organisatie in kwestie. Voorts was de rechtbank van mening dat niet valt in te zien waarom de organisatie wel gerechtigd zou zijn om inbreuken op het door haar te beschermen belang te doen ophouden, maar niet om de schade te vorderen die als gevolg van een dergelijke inbreuk is opgetreden, dan wel de kosten gemaakt ter voorkoming of beperking van zodanige schade. Ten slotte oordeelde de rechtbank dat het hier om verwijtbaar onrechtmatig nalaten ging, waarvan de kapitein van de Borcea had kunnen en moeten weten dat het zou leiden tot maatregelen om de gevolgen daarvan zoveel mogelijk ongedaan te maken.

In de memorie van antwoord bij de Aanvullingswet wordt opgemerkt dat de regels van Boek 6 betreffende schadevergoeding en aansprakelijkheid niet aan de zienswijze van de rechtbank in de weg staan.<sup>10</sup> Daarbij wordt aangetekend dat met het oordeel dat de milieu-organisatie recht heeft op vergoeding van de schade die zij heeft geleden doordat zij herstelmaatregelen heeft genomen terzake van een aangetast eigen belang, tevens vaststaat dat die organisatie recht heeft op vergoeding van de kosten van redelijke maatregelen ter voorkoming of beperking van zulke schade en voorts dat het tweede lid van (inmiddels) artikel 6:184 daarbij niet aan de orde komt.

Als ik mij tot de wenselijkheid van de uitkomst beperk, vind ik dit standpunt toe te juichen. De dogmatische fundering is echter onduidelijk.<sup>11</sup> Als de vogels aan niemand toebehoren, dan lijdt door het enkele besmeurd raken of overlijden daarvan niemand vermogensschade. Dus als niemand iets doet, lijdt hier niemand vermogens-

10. Memorie van antwoord, p. 34.

11. Zie R.J.J. van Acht/E. Bauw, Milieuprivaatrecht, Studiepockets privaatrecht nr. 47, tweede druk, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1996, p. 114, waar wordt opgemerkt dat de rechtstheoretische basis van dit soort vorderingen zowel voor de overheid als voor collectieven onduidelijk is.

schade. Daarmee staat tevens vast, zoals de wetgever opmerkt, dat de vereniging, door zich het lot van de vogels aan te trekken, geen maatregelen neemt tot beperking of herstel van vermogensschade die door een ander is of zou worden geleden. Door maatregelen tot herstel te nemen, creëert de vereniging echter naast de schade die geen vermogensschade is en derhalve niet vergoedbaar, tevens vermogensschade voor zichzelf.<sup>12</sup> Dat de Vereniging herstelmaatregelen in de portemonnee voelt, wekt geen verbazing en dat vermogensschade vergoedbaar is, is bekend. De te beantwoorden vraag wordt daardoor: waarom kan de Vereniging deze — door haarzelf bewust in het leven geroepen — kosten afwentelen? Daarbij moet worden onderscheiden tussen de vraag naar de ontvankelijkheid van een Vereniging als de onderhavige en de vraag naar de grondslag van de vordering.<sup>13</sup> De eerste is hier minder van belang. De tweede komt neer op de vraag of onrechtmatig is gehandeld jegens de Vereniging, waarbij vooral de relativiteitskwestie een struikelblok zal kunnen zijn.<sup>14</sup>

Aangeknoopt kan hier worden bij uitspraken van de Hoge Raad inzake kostenverhaal door de overheid, waarin is beslist dat aan de relativiteitseis is voldaan indien het de aansprakelijk te stellen persoon ten tijde van het feit waarop de aansprakelijkheid wordt gebaseerd duidelijk behoorde te zijn dat de overheid zich het desbetreffende belang zou aantrekken en derhalve kosten zou maken. De rechtbank lijkt dit in haar uitspraak ook te doen. Nu kan de overheid worden gezien als de hoeder van het algemeen belang bij uitstek, voor private organisaties ligt dit anders. Voor de onrechtmatigheidsvraag als geheel kan het enkele feit dat een collectief zich een bepaald belang aantrekt, uiteraard niet voldoende zijn om te concluderen tot vergoedbaarheid van genomen maatregelen. De rechtvaardiging lijkt mij te moeten worden gezocht in het bestaan van een algemeen

12. Vgl. G. Betlem, *Civil Liability for Transfrontier Pollution*, diss. Utrecht, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London/Dordrecht/Boston 1994, p. 506: '(...) the act of restoration transforms the non-economic ecological damage into pure economic loss.' en, ten aanzien van het vergelijkbare geval van herstelmaatregelen door de overheid: R.J.J. van Acht/E. Bauw, *Milieuprivaatrecht*, p. 108.

13. Vgl. N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht*, diss. Utrecht, Kluwer Deventer 1994, p. 166 en 169. G. Betlem, diss., schrijft op p. 505: '(...) we can observe here the simultaneous fulfilment of both the admissibility and the relativity requirement.'

14. Vgl. N. Frenk, diss., p. 167-169.

belang van een zodanige aard en gewicht, dat de concrete aantasting daarvan voor een organisatie als de onderhavige in redelijkheid aanleiding kon zijn tot het nemen van de maatregelen; een combinatie van algemeen belang en eigen belang. Uiteraard is hiermee niet veel méér gezegd dan dat het steeds om een in wezen rechtspolitieke afweging zal gaan in het licht van de dan geldende maatschappelijke opvattingen en de omstandigheden van het concrete geval.

Voor Nederland lijken hiermee ten aanzien van milieuschade de grenzen van het begrip vermogensschade bereikt. Ervan uitgaande dat de lijn van de uitspraak inzake de Borcea stand zal houden, kunnen maatregelen tot herstel van milieuschade in bepaalde gevallen zelfs binnen het bereik van het schadevergoedingsrecht worden gebracht indien bij achterwege blijven van die maatregelen niemand vermogensschade zou lijden. Het enige dat nog niet mogelijk is, is een vergoeding voor zuivere, niet op geld waardeerbare milieuschade.<sup>15</sup>

### 3. DE VERGOEDBAARHEID VAN MILIEUSCHADE IN ENKELE VERDRAGEN

Ook in internationaal verband is — en wordt — nagedacht over de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking dient te komen. Internationale ontwikkelingen hebben een belangrijke inspiratiebron gevormd voor de Aanvullingswet en in de toelichtende stukken wordt daarnaar dan ook veelvuldig verwezen.<sup>16</sup> Regelmatig gaat het daarbij om verwijzingen naar het zgn. Aansprakelijkheidsverdrag<sup>17</sup> en het zgn. Fondsverdrag.<sup>18</sup> Deze verdragen, waarbij Nederland partij is, geven een regeling betreffende vergoeding van schade door olieverontreiniging van de zee door olietankers. Het Aansprakelijkheidsverdrag regelt een risico-aansprakelijkheid van de scheeps-

15. Zie memorie van toelichting, p. 16.

16. Zie in het algemeen: memorie van toelichting, p. 5-6, 21-22 en 26-27; memorie van antwoord, p. 3-6; nota n.a.v. eindverslag, TK 1991-1992, 21 202, nr. 9, p. 3-4; memorie van antwoord, EK 1993-1994, 21 202, nr. 99a, p. 4. Zie ten aanzien van vergoedbare schade in het bijzonder: memorie van toelichting, p. 17, 18 en 20.

17. Voluit: Internationaal Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door olie, 1969 (Trb. 1970, 196).

18. Voluit: Internationaal Verdrag betreffende de instelling van een Internationaal Fonds voor vergoeding van schade door verontreiniging door olie (Trb. 1973, 101).

eigenaar, met daaraan gekoppeld een verplichte verzekering tot aan de aansprakelijkheidslimiet, die oploopt met de grootte van het schip en maximaal 14 miljoen SDR<sup>19</sup> per incident bedraagt. Het Fondsverdrag heeft het International Oil Pollution Compensation Fund<sup>20</sup> in het leven geroepen, een te Londen gevestigde internationale organisatie met momenteel wereldwijd zo'n 70 lidstaten. Het Fonds keert uit bij — kort gezegd — schade door olieverontreiniging in een lidstaat, voorzover die schade uitgaat boven de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar en tot een maximum van 60 miljoen SDR<sup>21</sup> per incident. De verdragen zijn in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd door respectievelijk de Wet aansprakelijkheid olietankschepen en de Wet schadefonds olietankschepen.

In de loop der jaren heeft het Fonds veel ervaring opgedaan met het beoordelen van vorderingen tot schadevergoeding. Beslissingen van de Uitvoerende Commissie en de Algemene Vergadering van het Fonds hebben een ruime hoeveelheid 'jurisprudentie'<sup>22</sup> doen ontstaan, in welk proces richtlijnen zijn ontwikkeld betreffende de vergoedbaarheid van de te onderscheiden typen schade. Daarbij heeft het belang van een uniforme toepassing van de verdragen in alle lidstaten steeds een grote rol gespeeld, aangezien gelijke behandeling van slachtoffers in alle lidstaten een essentiële voorwaarde is voor het behoud van het internationaal draagvlak voor deze verdragen.

Het begrip 'schade door verontreiniging' is in deze verdragen als volgt gedefinieerd:

Verlies of schade buiten het olie vervoerende schip veroorzaakt door bevuiling ten gevolge van het ontsnappen of doen wegvloeien van olie uit het schip, waar zulk ontsnappen of doen wegvloeien ook mag plaatsvinden, daaronder begrepen de kosten

19. De SDR is het Special Drawing Right van het Internationale Monetair Fonds, waarvan de koers doorgaans rond de f 2,40 schommelt. De limiet voor de scheepseigenaar bedraagt dus maximaal een bedrag van ongeveer 34 miljoen gulden per ongeval.
20. Verder: Internationaal Olieschadefonds, of kortweg: Fonds.
21. Ongeveer 150 miljoen gulden; dit bedrag is inclusief de aansprakelijkheidslimiet van de scheepseigenaar.
22. Het gaat hier natuurlijk niet om jurisprudentie in strikte zin, aangezien beslissingen van organen van het Fonds slechts leiden tot een stellingname van het Fonds (als partij) ten aanzien van de vergoedbaarheid. Het lijkt echter in de praktijk veel op jurisprudentie, daar het de taak van het Fonds is om op basis van een objectieve interpretatie van de verdragen — en uiteraard mede gelet op geest en strekking daarvan — beslissingen te nemen over de vergoedbaarheid van claims.

van preventieve maatregelen alsmede verlies of schade veroorzaakt door zodanige maatregelen.<sup>23</sup>

Deze vage definitie laat veel ruimte voor interpretatie. Afgezien van toevoegingen die voor het schadebegrip in enge zin minder relevant zijn, zoals de plaats waar de schade zich moet hebben voorgedaan, en het buiten twijfel stellen dat preventieve maatregelen — en de schadelijke gevolgen daarvan — voor vergoeding in aanmerking komen, geeft deze definitie eigenlijk niet meer informatie dan dat het om ‘verlies of schade’ moet gaan. Het viel dan ook te verwachten dat slachtoffers de grenzen van de vergoedbaarheid onder deze verdragen zouden gaan verkennen.

Ten aanzien van milieuschade gebeurde dat voor het eerst naar aanleiding van de stranding van de ‘Antonio Gramsci’ in 1979. In deze zaak vorderde de regering van de toenmalige Sovjet-Unie zuivere milieuschade van het Fonds, waarvan de hoogte abstract was berekend met behulp van een wiskundige formule, die in de wetgeving van de Sovjet-Unie was vastgelegd. Bij deze methode van schadeberekening werd het aantal naar schatting verontreinigde kubieke meters zeewater vermenigvuldigd met een bepaald bedrag. Als reactie daarop werd door de Algemene Vergadering van het Fonds in 1980 Resolutie nr. 3 aangenomen, waarin werd vastgelegd dat de definitie van schade door het Fonds aldus moest worden geïnterpreteerd dat abstracte berekening van het bedrag van de schade met behulp van een rekenkundig model niet was toegestaan. Het is echter niet zeker in hoeverre een nationale rechter met deze resolutie rekening zal houden bij zijn beslissing.<sup>24</sup> Dit is van belang omdat in het systeem van de verdragen geschillen over de vergoedbaarheid van een bepaalde schade moeten worden voorgelegd aan de rechter van de lidstaat waar de schade is geleden.<sup>25</sup> Daarom werd besloten de tekst van de olieoverdragen op dit punt aan te scherpen, hetgeen gebeurde in de protocollen die in 1984 door een diplomatieke confe-

23. Artikel I lid 6 van het Aansprakelijkheidsverdrag, waarnaar wordt verwezen in artikel 1 lid 2 van het Fondsverdrag.

24. Vgl. de artikelen 31 en 32 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (Trb. 1985, 79) en in het algemeen over de invloed van nationaal recht van lidstaten onder het systeem van de olieoverdragen de Nota n.a.v. het verslag, Rijkswet tot goedkeuring van de protocollen van 1992, TK 1995-1996, 24 472 (R 1554), nr. 5, p. 7-8.

25. Artikel IX van het Aansprakelijkheidsverdrag; artikel 7 van het Fondsverdrag.

rentie werden aangenomen.<sup>26</sup> Deze protocollen zijn echter nooit in werking getreden doordat de verwachte toetreding van de Verenigde Staten — op welke toetreding de inwerkingtredingsbepalingen van de protocollen waren afgestemd — uitbleef. Dezelfde tekst kwam echter terecht in de protocollen van 1992,<sup>27</sup> die op 1 juni 1996 internationaal in werking zijn getreden.<sup>28</sup> De definitie van schade door verontreiniging daarin luidt:

- a. verlies of schade buiten het schip veroorzaakt door bevuiling ten gevolge van het ontsnappen of doen wegvloeien van olie uit het schip, waar zulk ontsnappen of doen wegvloeien ook mag plaatsvinden, met dien verstande dat vergoeding voor andere schade aan het milieu dan winstderving ten gevolge van deze schade wordt beperkt tot de kosten van redelijke maatregelen tot herstel die daadwerkelijk worden ondernomen of zullen worden ondernomen.
- b. de kosten van preventieve maatregelen alsmede verlies of schade veroorzaakt door die maatregelen.<sup>29</sup>

Deze verduidelijking van de definitie was derhalve bedoeld als codificatie van het reeds door het Fonds gevoerde beleid, zowel ten aanzien van schade aan het milieu als ten aanzien van zuivere vermogensschade die het gevolg is van aantasting van het milieu.<sup>30</sup> De

26. Protocol van 1984 houdende wijziging van het Internationaal Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door olie, 1969 (Trb. 1986, 40); Protocol van 1984 houdende wijziging van het Internationaal Verdrag betreffende de instelling van een Internationaal Fonds voor vergoeding van schade door verontreiniging door olie, 1971 (Trb. 1986, 41).
27. Protocol van 1992 tot wijziging van het Internationaal Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door verontreiniging door olie, 1969 (Trb. 1994, 229); Protocol van 1992 tot wijziging van het Internationaal Verdrag betreffende de instelling van een Internationaal Fonds voor vergoeding van schade door verontreiniging door olie, 1971 (Trb. 1994, 228).
28. De parlementaire behandeling van de goedkeurings- en aanpassingswetgeving voor Nederland is nagenoeg afgerond en naar verwachting zal Nederland in het najaar van 1996 kunnen toetreden. Belangrijkste verbetering van de protocollen is de verhoging van de limieten, voor de scheepseigenaar tot maximaal 60 miljoen SDR ( $\pm$  140 miljoen gulden) per incident, voor het Fonds tot 130 miljoen SDR ( $\pm$  320 miljoen gulden) per incident.
29. Artikel I lid 6 van het Aansprakelijkheidsverdrag 1992, waarnaar wordt verwezen in artikel I lid 2 van het Fondsverdrag 1992.
30. Zie in het algemeen over de strekking van de nieuwe definitie: Måns Jacobsson/Norbert Trotz, *The Definition of Pollution Damage in the 1984 Protocols to the 1969 Civil Liability Convention and the 1971 Fund Convention*, *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 17, No. 4, October 1986, p. 467 e.v..

nieuwe definitie brengt verduidelijking op een aantal punten.

In de eerste plaats maakt de bepaling expliciet duidelijk dat zuivere milieuschade niet vergoed wordt. Slechts de kosten van feitelijk herstel van milieuschade zijn vergoedbaar, binnen de grenzen van de redelijkheid. Hier zullen vooral kwesties van milieu-technische aard een rol spelen. Te denken valt aan de vraag of herstel feitelijk mogelijk is, in hoeverre en op welke termijn herstel langs natuurlijke weg zal optreden indien menselijk ingrijpen achterwege blijft en, in het verlengde daarvan, in hoeverre te nemen maatregelen dit proces zullen versnellen, de vraag hoe hoog de kosten van realiseerbare maatregelen zijn en de vraag of bepaalde herstelmaatregelen weer eigensoortige nadelen kennen dan wel geheel of gedeeltelijk onbekende risico's meebrengen.<sup>31</sup> Om een verantwoorde beslissing over het al of niet nemen van herstelmaatregelen te kunnen nemen, zal inzicht in deze kwesties moeten worden verkregen. Daarvoor zal het veelal noodzakelijk zijn enige studie te verrichten naar de gevolgen van het desbetreffende ongeval. Het Fonds betaalt in beginsel (mee aan) de kosten van dergelijke studies, mits deze voldoende specifiek zijn.<sup>32</sup> Herstelmaatregelen moeten betrekking hebben op de gevolgen van een bepaald incident en niet slechts in het algemeen beogen de kwaliteit van het milieu te verbeteren.<sup>33</sup>

Voorts moeten de herstelmaatregelen daadwerkelijk zijn uitgevoerd of worden uitgevoerd. Het laatste geval kan zich bijvoorbeeld voordoen indien een lokale overheid verantwoordelijk is voor het nemen van herstelmaatregelen en deze daartoe wegens gebrek aan (liquide) middelen niet in staat is. Gelet op het milieubelang kan het Fonds dan het benodigde bedrag ter beschikking stellen. In verband met de strekking van de bepaling, te waarborgen dat alleen wordt betaald voor daadwerkelijk uit te voeren werkzaamheden, ligt het voor de hand dat in die gevallen ondubbelzinnige informatie zal moeten worden verstrekt over de plannen.<sup>34</sup> In geval van twijfel zal

31. Vgl. de nota n.a.v. het verslag, Rijkswet tot goedkeuring van de protocollen van 1992, p. 2.

32. Zie Report of the seventh intersessional working group of the International Oil Pollution Compensation Fund, Doc. FUND/A.17/23 (FUND/WGR.7/21), 20 June 1994, par. 9.5.

33. Aldus Måns Jacobsson/Norbert Trotz, a.w., p. 489.

34. Zie Report of the seventh intersessional working group of the International Oil Pollution Compensation Fund, a.w., par. 7.3.13.

het Fonds kunnen uitbetalen onder de voorwaarde dat de plannen daadwerkelijk worden uitgevoerd op de wijze zoals gepresenteerd.<sup>35</sup>

Ten aanzien van zuivere vermogensschade die het gevolg is van aantasting van het milieu, ten slotte, stelt de gewijzigde definitie buiten twijfel dat deze in beginsel vergoedbaar is. De zinsnede 'andere schade aan het milieu dan winstderving ten gevolge van deze schade'<sup>36</sup> is daarmee in de praktijk zeer belangrijk. Zij vormt de basis voor de vergoeding van de inkomensschade van bijvoorbeeld vissers die door een geval van olieverontreiniging gedurende enige tijd niet kunnen vissen en van hoteleigenaars en winkeliers die hun klandizie als gevolg daarvan zien teruglopen. Zoals bekend kan vooral de eis van causaal verband in deze gevallen problemen opleveren, in het bijzonder bij verder in de causale keten gelegen schades. Aangezien het reeds gevestigd beleid van het Fonds was dat zuivere vermogensschade werd vergoed, en het Fonds in het begin van de jaren negentig te maken kreeg met grote claims voor dit soort schade, heeft een werkgroep van het Fonds gezichtspunten ontwikkeld voor de toetsing van het causaal verband in dit soort gevallen. Ook zijn daarbij richtlijnen uitgewerkt voor de vergoedbaarheid van preventieve maatregelen ter voorkoming van zuivere vermogensschade, zoals marketingcampagnes.<sup>37</sup>

Concluderend kan worden gesteld dat het voordeel van de gewijzigde definitie is dat zij voorkomt dat betrekkelijk willekeurige, maar hoogstwaarschijnlijk grote bedragen moeten worden betaald,<sup>38</sup> zonder dat enige garantie bestaat dat daadwerkelijk getracht wordt de schade te herstellen. Het milieu wordt niet beter van het rondpompen van geld. Een in het oog springend nadeel is uiteraard dat wat niet op geld kan worden gewaardeerd voor de toepassing van het schadevergoedingsrecht kennelijk waardeloos is. Dit is mooi verwoord door Rémond-Gouilloud, die schreef:

35. Zie Måns Jacobsson/Norbert Trotz, a.w., p. 489.

36. Hoewel de formulering het voordeel van bondigheid heeft, is zij strikt genomen gewrongen: winstderving ten gevolge van schade aan het milieu is geen schade aan het milieu, maar zuivere vermogensschade.

37. Zie Report of the seventh intersessional working group of the International Oil Pollution Compensation Fund, a.w., resp. par. 7.3.30 en 7.3.35.

38. Doorgaans aan de lidstaten zelf, aangezien het in de meeste lidstaten de centrale overheid is die het recht heeft dit soort schade te vorderen.

'Any resource which is 'priceless', for which there is no market and for which no one would claim, is bound to deteriorate. Merely because it is 'unquantifiable' it is paradoxically worthless.'<sup>39</sup>

Het is dan ook niet uitgesloten dat in de toekomst pogingen zullen worden ondernomen om een verruiming van de vergoeding van zuivere milieuschade in de olieverdragen in te bouwen.<sup>40</sup> Hierbij kan worden gedacht aan Italië, dat afwijzend stond — en staat — tegenover de herziene definitie van het schadebegrip. Voorts is het denkbaar dat Canada in de toekomst een dergelijk initiatief zal nemen. Dat land is aangesloten bij het Fonds, in tegenstelling tot buurland de Verenigde Staten, dat zijn eigen Oil Pollution Act 1990 heeft, welke wet wèl de mogelijkheid van vergoeding van zuivere milieuschade kent.<sup>41</sup> Bij een ongeval met grensoverschrijdende gevolgen zal in Canada ongetwijfeld maatschappelijke druk ontstaan om op te schuiven in de richting van het systeem van de Verenigde Staten.<sup>42</sup> Voorlopig zal echter met de definitie van de protocollen van 1992 moeten worden gewerkt. Veel zal daarbij afhangen van de wijze waarop de nieuwe definitie in de praktijk door het Fonds toegepast zal gaan worden.

De Algemene Vergadering van het Fonds heeft in 1994 de aanbeveling van de eerder genoemde 7de intersessionele werkgroep overgenomen, waarin de volgende criteria voor vergoedbaarheid van herstelmaatregelen worden genoemd:

- de kosten van de maatregelen moeten redelijk zijn;
- de kosten van de maatregelen moeten niet disproportioneel zijn in verhouding tot

39. M. Rémond-Gouilloud, The future of the compensation system as established by international convention. In: Liability for damage to the marine environment, Colin M. de la Rue (Ed.), Lloyds of London Press Ltd., 1993, p. 92-93.

40. Kort voor de diplomatieke conferentie van 1992 zijn informeel pogingen ondernomen om de conferentie een resolutie aan te doen nemen, die aan moest sporen tot het onderzoeken van de mogelijkheden op dit punt. Dit was met name bedoeld om de protocollen beter aanvaardbaar te maken voor Italië, dat afwijzend stond — en staat — tegenover de herziene definitie van het schadebegrip. Die pogingen zijn destijds gestrand.

41. Te berekenen volgens de zgn. Contingent Valuation Method. Zie voor enige recente literatuur daarover: R.J.J. van Acht/E. Bauw, Milieuprivaatrecht, p. 31.

42. Zie A.H.E. Popp, A North American perspective on liability and compensation for oil pollution caused by ships. In: Liability for damage to the marine environment, Colin M. de la Rue (Ed.), Lloyds of London Press Ltd., 1993, p. 128.

de bereikte resultaten of de resultaten die redelijkerwijs konden worden verwacht;  
— de maatregelen moeten passend zijn en een redelijke kans op succes bieden.<sup>43</sup>

Dit zijn — zacht gezegd — weinig specifieke criteria, die allermindst duidelijk maken hoe de definitie door het Fonds in de toekomst zal worden gehanteerd. Wel maken zij een wat zuinige indruk. Het vrijwel algemene gevoelen in de werkgroep was dan ook dat het tot dan toe door het Fonds gevoerde beleid diende te worden voortgezet. Daar staat echter tegenover dat de deur bewust werd opengehouden voor verdere ontwikkelingen,<sup>44</sup> teneinde het Fonds niet iedere flexibiliteit te ontnemen en ook om lidstaten die kritisch ten opzichte van de beperkte vergoedbaarheid van milieuschade staan zoveel mogelijk binnenboord te houden.

Op dit punt is een vergelijking zinvol met het zgn. Milieuschadeverdrag van de Raad van Europa.<sup>45</sup> Artikel 2 lid 7 daarvan geeft in essentie dezelfde definitie van vergoedbare milieuschade als de gewijzigde olieoverdragen, alleen voegt het Milieuschadeverdrag daaraan in lid 8 een beschrijving van herstelmaatregelen toe, waarin tot uitdrukking komt dat daaronder in beginsel ook vallen maatregelen ter introductie in het desbetreffende milieu van een equivalent van de verloren gegane milieuwaarden. Het gaat daarmee — in ieder geval naar de letter — verder dan de gewijzigde olieoverdragen, waarin deze kwestie wordt opengelaten. Het Explanatory Report bij het Milieuschadeverdrag zegt over herstelmaatregelen het volgende:

‘This notion is fundamental as it ensures the recognition of a direct protection of the environment which may be independent of any damage to property or persons. (...) When it is impossible to restore or re-establish the environment, the measures of reinstatement may be in the form of the reintroduction of equivalent components into the environment.’

Daarbij wordt het voorbeeld genoemd van het geheel verdwijnen van een diersoort of de onherstelbare vernietiging van een biotoop. Het feit dat zowel een waardering op geld daarvan, als het nauwkeurig

43. Zie Report of the seventh intersessional working group of the International Oil Pollution Compensation Fund, a.w., par. 7.3.16.

44. Zie Report of the seventh intersessional working group of the International Oil Pollution Compensation Fund, a.w., par. 7.3.18.

45. Voluit: Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade door milieugevaarlijke activiteiten (Trb. 1993, 149).

feitelijk terugdraaien onmogelijk is, dient niet te leiden tot onvergoedbaarheid. Hiervoor moet een bijzondere methode van vergoeding gelden, inhoudende dat vergoedbaar zijn de kosten van maatregelen die tot een voor het milieu gelijkwaardige situatie leiden. De vraag wie deze maatregelen mag nemen is overgelaten aan het nationale recht, hetgeen, gelet op de Borcea-zaak, voor Nederland zou betekenen dat naast de overheid onder omstandigheden tevens milieuorganisaties zouden kunnen vorderen. Het lijkt me wenselijk dat in de praktijk van het Internationaal Olieschadefonds de bepaling inzake herstelmaatregelen zal worden geïnterpreteerd conform deze toevoeging van het Milieuschadeverdrag, aangezien een al te strikt vasthouden aan het terugdraaien van de feitelijke situatie bij milieuschade niet steeds tot acceptabele resultaten zal leiden. Dit zou voorts de internationale uniformiteit bevorderen en het voordeel hebben dat het zou sporen met de visie van de Nederlandse wetgever, die er immers vanuit gaat dat herstel niet steeds een nauwkeurig herstel in de vorige toestand hoeft in te houden.<sup>46</sup>

#### 4. DE BALANS

De definitie van schade uit de protocollen van 1984 bij de olieoverdragen — waarvan de oorsprong ligt in het door het Internationaal Olieschadefonds gevoerde beleid en die later ongewijzigd is overgenomen in de protocollen van 1992 — is geëxporteerd naar enkele belangrijke recente verdragen inzake aansprakelijkheid voor schade door gevaarlijke stoffen en milieugevaarlijke activiteiten. Behalve het reeds genoemde Milieuschadeverdrag valt hier te wijzen op het zgn. CRTD-verdrag<sup>47</sup> en het zeer recentelijk tot stand gekomen zgn. HNS-verdrag<sup>48</sup>. Deze verdragen hebben in essentie dezelfde definitie waar het gaat om de vergoedbaarheid van milieuschade. Mede daardoor tekent zich internationaal een zekere mate van uniformiteit af.<sup>49</sup>

46. Memorie van toelichting, p. 19.

47. Verdrag inzake de wettelijke aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt tijdens het vervoer van gevaarlijke stoffen over de weg, per spoor en per binnenschip (Genève, 10 oktober 1989). Uit het Explanatory Report bij dit verdrag blijkt dat het protocol van 1984 bij het Aansprakelijkheidsverdrag de bron van de definitie van schade is; ECE/TRANS/84, New York, 1990, p. 17-20.

48. Verdrag inzake aansprakelijkheid voor, en vergoeding van schade in verband met het vervoer van gevaarlijke en schadelijke stoffen over zee (Londen, 3 mei 1996).

49. Aldus ook: E.H.P. Brans, *The Braer and the Admissibility of Claims for*

De vergoedbaarheid van milieuschade in Nederland spoort in grote lijnen met die volgens de genoemde internationale verdragsregimes. Op grond van artikel 6:97 zijn de kosten van maatregelen tot herstel van het milieu vergoedbaar. Daarbij kan het ook gaan om maatregelen ter bereiking van een equivalent van feitelijk herstel, indien dat laatste onmogelijk is. De zegen van de wetgever voor de Borcea-redenering lijkt mee te brengen dat deze kosten in beginsel ook vergoedbaar zijn indien de aangetaste milieucomponent geen eigenaar heeft en de kosten zijn gemaakt door de overheid of een milieu-organisatie. Hoever de bescherming, wat dit laatste betreft, precies strekt, is vooralsnog niet geheel duidelijk. Volgens de genoemde verdragen zijn de kosten van redelijke maatregelen tot herstel van het milieu vergoedbaar. Ook hier bestaat geen duidelijkheid over de vraag welke herstelmaatregelen nog als 'redelijk' in de zin van de genoemde verdragen zijn te beschouwen. Van het toekomstig beleid van het Internationaal Olieschadefonds zal afhangen of er voor schade door olieverontreiniging van de zee een discrepantie met de opvattingen van de Nederlandse wetgever zal ontstaan ten aanzien van maatregelen die gericht zijn op het tot stand brengen van een equivalent van een onherstelbaar aangetaste milieucomponent. Het lijkt me verdedigbaar dat naar Nederlands recht en volgens de genoemde verdragen tot vergelijkbare resultaten kan worden gekomen. Als het behoud en de bescherming van een bepaalde milieuwaarde als een rechtens te beschermen algemeen belang moet worden beschouwd — en ten aanzien van vele zal dat het geval zijn —, dan ligt het voor de hand aan te nemen dat het in beginsel redelijk is om maatregelen te nemen die strekken tot behoud of herstel van die milieuwaarde, indien deze is of dreigt te worden aangetast. Vergoeding voor zuiver ecologische schade, ten slotte, is noch naar Nederlands recht, noch volgens genoemde verdragen mogelijk.

Ten aanzien van zuivere vermogensschade als gevolg van aantasting van het milieu zit het Nederlandse recht op één lijn met genoemde internationale ontwikkelingen. Deze schade is vergoedbaar, zij het dat de eisen van causaal verband en relativiteit in de praktijk tot beperkingen zullen leiden, vooral bij verder in de causale keten gelegen schades.<sup>50</sup> Ook de genoemde verdragen laten ruimte voor

Pollution Damage under the 1992 Protocols to the Civil Liability Convention and the Fund Convention, Environmental Liability 1995, p. 69.

50. Zie memorie van toelichting, p. 17-18, waar wordt gewezen op HR 1 juli 1977,

vergoeding van dit type schade. Onder de olieverdragen is het reeds gevestigd beleid van het Internationaal Olieschadefonds dat dit in beginsel wordt vergoed. Ook daar draait het in de praktijk vrijwel steeds om de vraag of er een voldoende causaal verband tussen het incident en de schade aannemelijk kan worden gemaakt, waarbij vermelding verdient dat het Fonds reeds verschillende malen tweedegraads schades heeft vergoed.<sup>51</sup>

## 5. TOT SLOT

Met het oog op de noodzaak het milieu te beschermen zou een roep om verdergaande mogelijkheden tot vergoeding van milieuschade begrijpelijk zijn. Het is echter de vraag of het ook verstandig zou zijn om die stap te zetten. Het valt te betwijfelen of het civiele schadevergoedingsrecht een effectief instrument is om een werkelijk betere bescherming van het milieu te realiseren en de vraag is voorts of dit gebruik het instrument niet te zeer zou vervormen. Aan de andere kant: laat ik afsluiten met een vergelijking. In vroeger tijden hebben juristen evenzeer moeite gehad met de vergoedbaarheid van immateriële schade, iets dat wij tegenwoordig normaal vinden. Het is aardig om in Wolfsbergen's in 1946 verschenen *Onrechtmatige Daad*, de inspiratiebron voor deze editie van het BW-krant Jaarboek, te lezen hoe in die dagen de principiële vraag naar de vergoedbaarheid van immateriële schade nog volop onderwerp van het juridisch debat was. Ook daarbij is destijds het argument gebruikt dat het vermogensrechtelijk karakter van het schadevergoedingsrecht in de weg staat aan vergoeding van immateriële schade<sup>52</sup> en ook daarbij bestond een grote angst voor een vloedgolf van omvangrijke vorderingen. Wel-

NJ 1978, 84 (Gasbuis), welk arrest ruimte laat voor rechtsontwikkeling op dit gebied.

51. Bijvoorbeeld van visverwerkende bedrijven in de zaak van de Braer (Zie document FUND/EXC.34/9, par. 3.3.19). Daar staat tegenover dat in diezelfde zaak ook verschillende gevallen van tweedegraads zuivere vermogensschade zijn afgewezen. Dit hangt samen met het feit dat de door het Fonds ontwikkelde gezichtspunten voor de beoordeling van het causaal verband in dit soort gevallen — m.i. terecht — geen doorslaggevende betekenis toekennen aan de 'graad' van de schade. Wel kan uiteraard worden gesteld dat hoe verder weg, hoe kleiner de kans dat voldoende causaal verband aannemelijk kan worden gemaakt.

52. Vgl. A. Wolfsbergen, a.w., p. 187.

licht kunnen wij ook hier leren van Wolfsbergen, die daarover opmerkte:

‘De tegenstanders gaan allen uit van de *petitio principii*, dat schade alleen kan betekenen vermogensschade en laten zich allen leiden door de vrees voor al te hoge aanspraken van gekwetsten, terwijl zij blijkbaar de aktie ook onsympatiek vinden.’

Daarop liet hij volgen dat die vrees ongegrond was en de vergoedbaarheid van immateriële schade slechts tot vreugde kon stemmen

‘Wanneer men eenmaal inziet, dat schadevergoeding zeer vaak niet meer inhoudt dan het verstrekken van middelen om zich een ander genot dan het verlorene aan te schaffen en wanneer men dan voorts op het beleid van den rechter vertrouwt (...)’.<sup>53</sup>

53. A. Wolfsbergen, a.w., p. 190-191.