

# NJ 1989, 743: Kalimijnen

|                 |                                                                                                                                               |           |                   |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|-------------------|
| Instantie:      | Hoge Raad                                                                                                                                     | Datum:    | 23 september 1988 |
| Magistraten:    | Ras, Van Den Blink, Bloembergen,<br>Haak, Roelvink, Franx                                                                                     | Zaaknr:   | 13303             |
| Conclusie:      | A-G Franx                                                                                                                                     | LJN:      | AD5713            |
| Noot:           | J.C. Schultsz, J.H. Nieuwenhuis                                                                                                               | Roepnaam: | Kalimijnen        |
| Brondocumenten: | ECLI:NL:HR:1988:AD5713, Uitspraak, Hoge Raad, 23-09-1988;<br>ECLI:NL:PHR:1988:AD5713, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal),<br>23-09-1988 |           |                   |

Wetgeving: BW art. 1401; Bonner Zoutverdrag; Rv (oud) art. 59 lid 1 onder 3; Rv (oud) art. 612; RO art. 99 lid 1 onder 2°

Brondocument: HR, 23-09-1988, nr 13303

## Essentie

---

Onrechtmatige daad. Lozing van afvalzouten in de Rijn. Volkenrecht.

## Samenvatting

---

*Betekenis van Bonner Zoutverdrag van 1976 (Trb. 1977, 33); dit verdrag beoogt slechts verplichtingen op te leggen aan de verdragsluitende staten. Strijd met de jegens de kwekers betamende zorgvuldigheid, mede gelet op de ernst van de aan hen toegebrachte schade en de belangen van alle betrokkenen. Het belang van de kalimijnen bij voortzetting van de exploitatie kon buiten beschouwing blijven nu geen verbod maar alleen een verklaring voor recht is gevorderd. Causaal verband tussen lozingen en schade. Kosten ter voorkoming van schade. Verwijzing naar schadestaatprocedure. Feitelijke oordelen. Motivering.*

# Noot

---

Auteur: J.C. Schultsz, J.H. Nieuwenhuis

## I. Inleiding

---

Und ruhig fließt der Rhein (Heine, 1824). Dat is nog steeds het geval, maar hij voert nu wel iedere seconde vele honderden kilo's zout bij Lobith ons land binnen. Een groot deel daarvan is afkomstig van de Franse Mines de Potasse d'Alsace (MDPA). Rb., hof en HR zien in deze zoutlozingen een onrechtmatige daad jegens enige kwekers in het Westland, die het Rijnwater gebruiken als sproeiwater. 'De benedenstroomse gebruiker mag in beginsel verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild' (HR).

De Voorste Stroom is niet langer de eerste onder de civielrechtelijke riviergezichten. Toch loont een vergelijking. In Voorste Stroom I (19 maart 1915, NJ 1915, p. 691) overwoog de HR dat iedere oevereigenaar recht heeft dit water te gebruiken voor allerlei doeleinden, mits door dat gebruik andere overeigenaren niet op bovenmatige wijze in hun gebruiksrecht worden benadeeld en dat ingeval van strijd de rechter de kring van ieders recht zal bepalen. In dat arrest, gewezen voor Lindenbaum/Cohen, werd de maatstaf gevormd door de categorie 'inbreuk op een recht', en diende de kring van ieders recht te worden vastgesteld. Thans worden de zoutlozingen getoetst aan de zorgvuldigheid en staat alles in het teken van de weging van belangen. Hierbij worden nog twee typen van belangen onderscheiden. Voor de vraag of de lozingen onrechtmatig zijn wegens strijd met de zorgvuldigheid komt het aan op de weging van de wederzijdse belangen van resp. de kalimijnen en de kwekers.

Een andere vraag is, of de onrechtmatigheid van de lozingen meebrengt dat een vordering tot verbod, indien ingesteld, moet worden toegewezen. In dit verband moeten maatschappelijke belangen worden gewogen. Ook op dit punt verlaat de HR de bedding van de Voorste Stroom waar het betalen van schadevergoeding in combinatie met de behartiging van algemene belangen werd opgevat als een rechtvaardigingsgrond (HR 19 dec. 1952, NJ 1953, 642). De HR ontleent thans aan het NBW (art. 6.3.1.5b) de regel dat de rechter een vordering strekkende tot een verbod van onrechtmatige gedragingen als de onderhavige kan afwijzen omdat deze op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoren te worden geduld. Het hof onderscheidt beide typen van belangen. Bij de afweging van het belang van MDPa tegen dat van de kwekers, nodig voor het antwoord op de vraag of de lozingen onrechtmatig zijn jegens de kwekers, laat het hof uitdrukkelijk buiten beschouwing maatschappelijke belangen als enerzijds het milieu dat gebaat is met een vermindering van de zoutlast en anderzijds de werkgelegenheid en economische situatie in de Elzas die gediend zijn met een voortgezette exploitatie van de kalimijnen. Deze laatste gezichtspunten zouden wel relevant zijn voor de vraag of een vordering tot stopzetting van de lozingen al dan niet zou moeten worden gehonoreerd.

De aard, de ernst en de duur van de schade

De onrechtmatigheid van de lozingen jegens de benedenstrooms gevestigde gebruikers wordt door de HR in de eerste plaats afhankelijk gesteld van de aard, de ernst en de duur van de schade. Dit is een uitbreiding ten opzichte van HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278, (m.nt. GJS), Vogelplaag, waar wat de schade betreft uitsluitend werd gesproken over de ernst daarvan. Wat is in dit verband het zelfstandig belang van de duur van de schade? Het lijkt onwaarschijnlijk dat incidentele lozingen die slechts gedurende korte tijd schade berokkenen reeds uit dien hoofde niet in aanmerking zouden komen voor het predikaat 'onrechtmatig'. Als een gifwolke die de Rijn komt afdrijven waterleidingbedrijven zou nopen het gebruik van Rijnwater gedurende enkele dagen te staken, kan de schade, hoewel van korte duur, niettemin ernstig genoeg zijn om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te rechtvaardigen.

De wederzijdse belangen

---

Wie belangen wil wegen moet eerst in staat zijn ze onder woorden te brengen. Vervolgens moet hij kunnen aangeven wat dat precies inhoudt, het wegen van belangen. Het hof heeft de wederzijdse belangen aangeduid als 'gelijksoortig' en wel van 'financieel-commerciële aard'. Voor de kalimijnen is dat de besparing, gelegen in de lozing van het overtollige zout in de Rijn, ten opzichte van duurdere alternatieven, zoals de verwerking tot strooizout. Het financieel-commerciële belang van de kwekers is dat zij tegen een zo laag mogelijke prijs de beschikking hebben over voldoende sproeiwater, welk belang wordt aangetast door de noodzaak een ontziltingsinstallatie aan te leggen. Hoe moeten deze wederzijdse belangen worden gewogen? Het is verleidelijk dit op te vatten als een kosten-baten analyse en na te gaan of de financiële voordelen van de zoutlozingen groter zijn dan de daaruit voortvloeiende kosten aan de kant van de kwekers. Dit zou bovendien goed stroken met de ideeën van rechtseconomen die het aansprakelijkheidsrecht willen hanteren om de meest efficiënte oplossing te bereiken. Vervuiling is rechtmatig als het voordeel van de vervuiling groter is dan de kosten die zij voor derden meebrengt (R.A. Posner, *Economic Analysis of Law* 1986, p. 56). De wijze waarop bij de vaststelling van de zorgvuldigheidsnorm belangen worden gewogen is echter een geheel andere. Leidraad bij het formuleren van de vereiste zorgvuldigheid is dat bij de behartiging van eigen belangen sommige belangen van derden moeten worden ontzien en andere niet. Een marktpositie van een concurrent mag, ook wanneer zij een omvangrijk financieel belang vertegenwoordigt, tot de grond worden afgebroken op voorwaarde dat dit met geoorloofde middelen geschiedt. De weging van belangen heeft tot doel om na te gaan of het aangetaste belang behoort tot de belangen die gedaagde had dienen te ontzien. Wie de Rijn gebruikt voor de afvoer van overtollige stoffen, moet rekening houden met het belang van een benedenstroomse gebruiker die in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild. De legitimiteit van deze verwachting wordt terecht niet afhankelijk gesteld van een vergelijking tussen de financiële voordelen voor de kalimijnen verbonden aan het gebruik van de Rijn voor de afvoer van overtollig zout en de omvang van de daaruit voortvloeiende kosten voor de kwekers. Maar waarom mag de benedenstroomse gebruiker dan wel verwachten dat de rivier verschoond blijft van bovenmatige vervuiling? Anders dan de markt voor autoradio's die ten koste van de concurrenten geheel en al mag worden toegeëigend, is een rivier bestemd voor een duurzaam en gezamenlijk gebruik.

Het zijn deze aspecten verbonden aan het gebruik van dergelijke natuurlijke rechtsgoederen die meebrengen dat vruchtgebruik, 'mits zorgende dat de zaak zelve in stand blijve' (art. 803 BW) een goed richtsnoer biedt. De rivier mag alleen zo worden gebruikt dat zij duurzaam geschikt blijft voor voortgezet gebruik door anderen, zoals bijvoorbeeld benedenstroms gevestigde personen.

Overigens is dit arrest een ideale twistappel voor een confrontatie van het traditionele beeld van het recht als *ars aequi* en het uitgangspunt van de aanhangers van de rechtseconomie dat efficiency de steen der wijzen is. Zie voor een overzicht van de rechtseconomie E. Mackaay, *RM Themis* 1988, p. 411 e.v.

#### Maatschappelijke belangen

Naast de weging van de wederzijdse belangen, nodig voor het onrechtmatigheidsoordeel, moet voor de vraag of niet alleen schadevergoeding, maar ook een bevel tot stopzetting van de lozingen kan worden gevorderd, worden nagegaan of door die lozingen wellicht maatschappelijke belangen (werkgelegenheid, economische situatie in de Elzas) worden gediend die zodanig zwaarwegend zijn dat die lozingen, hoewel onrechtmatig, niettemin behoren te worden geduld. De door de HR aan art. 6030105b NBW ontleende constructie brengt mee dat, wanneer de rechter dergelijke

---

zwaarwegende maatschappelijke belangen aanwezig acht, de onrechtmatige gedragingen zullen voortduren zolang de gedaagde bereid is de schade van de benadeelden te vergoeden. De gedaagde blijft uit onrechtmatige daad aansprakelijk voor de schade, maar het is niet waarschijnlijk dat deze aansprakelijkheid gedekt is onder een aansprakelijkheidsverzekering, aangezien het hier gaat om aansprakelijkheid voor schade als gevolg van milieu-aantastingen die door de benadeelden behoren te worden geduld. Voor deze situatie zal de polis een uitsluiting bevatten.

De invloed van een vergunning

De omstandigheid dat MDPA zich hield aan de voorschriften van de (Franse) lozingsvergunning vrijwaart haar niet van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De lijn van het vogelplaag-arrest (HR 10 maart 1972, *NJ* 1972, 278, (m.nt. GJS) wordt voortgezet. Wat indien het de overheid zelf is die eerst de vergunning heeft verleend en vervolgens de vergunninghouder aanspreekt uit onrechtmatige daad? Het ontbreken van aansprakelijkheid op grond van het feit dat de vergunninghouder zich nauwgezet aan de voorschriften heeft gehouden lijkt in dat geval veel eerder redelijk, dan wanneer de vordering uit onrechtmatige daad wordt ingesteld door een derde die geheel buiten de vergunningverlening stond. Dit wordt uiteraard anders als de vergunninghouder, gezien zijn voorsprong in kennis, moest begrijpen dat hij, ook wanneer hij zich houdt aan de voorschriften van de vergunning, niettemin ernstige schade aan het milieu toebrengt.

Causaal verband

Er bestaat een lineair verband tussen de toeneming van het zoutgehalte en de vermindering van de opbrengst van de kwekers; hoe meer zout, des te minder komkommers. Dit lineaire verband brengt mee dat de vervuiler slechts aansprakelijk is voor zijn aandeel in de totale zoutbelasting. Hoe nu wanneer er twee of meer vervuilers zijn? Ook dan zijn de verschillende mededaders ten opzichte van de benadeelde slechts aansprakelijk voor hun aandeel, en is er geen sprake van (oneigenlijke) hoofdelijkheid. Hoe valt te verklaren dat hier een andere oplossing wordt gekozen dan ten aanzien van de overige vormen van samengestelde causaliteit. Het prototype daarvan is 'medeschuld'. Automobilist A slaat onverhoeds linksaf. B moet krachtig remmen. C, die onvoldoende afstand hield, botst op de achterbumper van de auto van B. De gedragingen van A en C veroorzaken te zamen de schade. Rust op ieder van twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade, dan zijn zij hoofdelijk verbonden (art. 6010908 NBW).

In geval van lineair verband kan niet worden gezegd dat ook de verschillende daders dezelfde schade veroorzaken. Hierin is het verschil met 'medeschuld' gelegen. Daar zit de breuk in de veroorzaking en niet in de schade. De automobilisten A en C hebben ieder voor een deel de gehele schade aan de auto van B veroorzaakt. Het is niet zo dat een deel van de bumper is beschadigd door A en een ander deel door C. Beide gedragingen zijn *condiciones sine quibus non* van de schade. Valt een van beide gedragingen weg, dan valt ook de gehele schade weg. Bij lineair verband is dat niet het geval. Daar veroorzaakt ieder der daders geheel zelfstandig een deel van de schade. Zou een vervuiler, verantwoordelijk voor 15% van de zoutlast, ophouden met lozen, terwijl een ander, verantwoordelijk voor 20% van het zout daarmee doorgaat, dan is er nog steeds schade, maar minder. Aangezien bij lineair verband niet gezegd kan worden dat de verschillende vervuilers dezelfde schade veroorzaken, is er geen aanleiding het uitgangspunt van art. 6010908 NBW (hoofdelijkheid) op hen toe te passen.

Er is echter een complicatie. De belangrijkste schadepost is niet de verminderde opbrengst, maar de kosten verbonden aan de aanleg en onderhoud van ontziltingsapparatuur. Ook daarvan zegt de

HR dat aan MDPa als gevolg van de onrechtmatige lozingen moet worden toegerekend een zodanig aandeel in de totale kosten van evenbedoelde maatregelen als overeenkomt met het aandeel van de zoutlozingen in de totale zoutbelasting van het boezemwater. Op dit punt is een verwantschap met de rechtspraak ten aanzien van de kosten van reserve-materieel (trams, autobussen e.d.). In HR 31 maart 1950, NJ 1950, 592, (m.nt. PhANH) oordeelde de HR dat de Rotterdamse tramwegmaatschappij (RTM) de kosten van een reservetram voor een evenredig deel ten laste mocht brengen van degeen die door een verkeersfout een tram onklaar had gemaakt. Het cassatiemiddel van MDPa ontleent een argument aan dit arrest. De HR overwoog immers dat RTM die kosten voor eigen rekening zou moeten nemen indien het beschikbaar houden van de reservetram zou zijn geschied 'buiten verband' met de dreiging van schade als gevolg van aanrijdingen en deze maatregel dus evenzeer getroffen zou zijn indien RTM met het plaatsgrijpen van aanrijdingen en hun gevolgen geen rekening had gehouden. Hierdoor geïnspireerd, betoogt het cassatiemiddel (onderdeel 5.1) dat de maatregelen van de kwekers zijn genomen geheel buiten verband met de dreiging van schade door zoutlozingen van MDPa en dat deze maatregelen evenzeer zouden zijn getroffen, indien op het Rijnwater in het geheel geen zout zou worden geloosd. Kortom geen aansprakelijkheid, aangezien sine qua non verband ontbreekt. Het antwoord van de HR komt neer op het volgende: willen dergelijke kosten voor vergoeding in aanmerking komen, dan moet wel sprake zijn van enig verband, en mag het niet gaan om maatregelen die los van concreet onrechtmatig handelen ter voorkoming van schade zijn genomen, maar is niet vereist dat dit een sine qua non verband is. Voldoende is dat die maatregelen zijn genomen mede met het oog op schade als gevolg van onrechtmatige zoutlozingen.

'Nu evenbedoelde maatregelen zijn genomen en in stand gehouden met het oog op de totale zoutbelasting en derhalve mede met het oog op de schade die als gevolg van de voortdurende onrechtmatige lozingen viel te verwachten — zodat het niet gaat om maatregelen die los van concreet onrechtmatig handelen ter voorkoming van schade zijn genomen — is hierbij niet van belang of de maatregelen ook zouden zijn genomen en in stand gehouden, indien geen sprake zou zijn geweest van de onrechtmatige zoutlozingen.'

#### Slotopmerking

Het belang van dit arrest is vooral gelegen in de overweging dat de benedenstroomse gebruiker in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild. Naast kwekers zullen ook waterleidingbedrijven die door de lozingen extra kosten moeten maken en havenbedrijven die maatregelen moeten nemen voor de opslag van vervuild havenslib zich door dit arrest gesterkt weten in hun streven een deel van de kosten te verhalen op de vervuilers. Maar de draagwijdte is beperkt. Voor de vraag of ook anderen dan de benedenstroomse gebruikers mogen verwachten dat de rivier niet bovenmatig wordt vervuild, bevat het arrest geen aanwijzingen. Een milieuvereniging die door een vordering tot stopzetting van verdere lozingen de Rijn zou willen terugbrengen in de staat waarin hij verkeerde toen hij door Heine werd bezongen, zal van de rechter een geheel nieuwe belangenafweging moeten vragen. Anders dan in dit arrest, moeten dan ongelijksoortige belangen tegen elkaar worden afgewogen: het belang van het milieu en de economische belangen gediend door de lozingen. Het groeiend besef dat die twee belangen op de langere termijn convergeren zal er wellicht toe leiden dat het milieubelang niet reeds bij voorbaat het onderspit delft.

JHN

---