

Grensoverschrijdende overheidsaansprakelijkheid: de Kalimijnen voorbij

J.J.H. van Kempen¹

75

In een civiele zaak tussen overheden treden complicaties op ten opzichte van het Kalimijnen-arrest. Rechterlijke bevoegdheid en toepasselijk recht moeten wellicht op grond van andere regelingen bepaald worden en effectuering van een vonnis is mogelijk problematisch. De tweewegenleer zal echter niet aan kostenverhaal in de weg staan.²

1 Inleiding

Wie herinnert zich niet het fameuze *Kalimijnen*-arrest?³ Deze uitspraak van het Europese Hof van Justitie in Luxemburg betekende een belangrijke ontwikkeling in het internationaal privaatrecht en een stap voorwaarts in de grensoverschrijdende aansprakelijkheidsmogelijkheden. De zaak – tegenwoordig een standaardarrest – speelde tussen twee private partijen: Nederlandse tuinders en Franse mijnen. Nu, 32 jaar later, dient zich wellicht een voor de lezer interessante opvolger aan.

In Overpelt, een klein plaatsje in de Belgische Kempen, staat een zinkfabriek van het bedrijf Nyrstar. Deze fabriek loost dagelijks grote hoeveelheden zink, koper, cadmium en andere verontreinigende stoffen in de rivier de Dommel. Nog geen tien kilometer verderop steekt dit riviertje de grens over en stroomt het gebied van het gelijknamige Nederlandse waterschap De Dommel in. Met het water mee verplaatsen zich ook de zich daarin bevindende stoffen. Waterschap De Dommel heeft de plicht de waterkwaliteit in zijn gebied te beschermen en te verbeteren. Europese richtlijnen stellen strenge eisen aan de toegestane concentraties schadelijke stoffen.⁴

De lozingen van Nyrstar bemoeilijken De Dommel in het behalen van de op nationaal en Europees niveau voorgeschreven waterkwaliteit. Het waterschap lijdt schade doordat extra inspanningen geleverd moeten worden om de kwaliteit van het water op peil te houden. Mocht dit niet lukken, dan kan het Hof van

Justitie in beginsel – nadat Nederland veroordeeld is in een verdragsschendingsprocedure – een boete of een dwangsom opleggen.⁵ Vooralnog zijn deze Europese resultaatsverplichtingen zeer strikt en accepteert het Hof van Justitie het feit dat sprake is van buitenlandse (mede)schuld niet als een geldig excuus.⁶ Aan Nederlandse zijde is er dus sprake van (ten minste) één gedupeerde overheid, in ieder geval de publiekrechtelijke rechtspersoon waterschap De Dommel. Aan Belgische zijde speelt ook de overheid een rol: Nyrstar loost de verontreiniging op basis van een vergunning afgegeven door de Vlaamse provincie Limburg. Bovendien worden aan Belgische zijde saneringsmaatregelen uitgevoerd in het kader van het door de Vlaamse Minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur vastgestelde Actieplan cadmium. Deze maatregelen bestaan onder meer uit het opbaggeren van verontreinigd slib in de Belgische Dommel door de Vlaamse Milieumaatschappij (hierna: VMM).⁷ Aan de slibdeeltjes die door het baggeren in het Dommelwater terechtkomen, zijn zware metalen gehecht. Daardoor leidt het aanpakken van de verontreiniging in Vlaanderen – ironisch genoeg – weer tot een verhoogde concentratie cadmium in Nederland.

Een interessante casus tekent zich af. Is hier ook een procedure mogelijk als in de *Kalimijnen*-zaak? Kan een Nederlandse overheid (in dit geval waterschap De Dommel) een buitenlandse overheid (de Vlaamse provincie Limburg of de VMM) aansprakelijk stellen voor de Nederlandse rechter? In dit artikel worden de mogelijkheden hiertoe verkend en wordt duidelijk dat er sprake is van een aantal specifieke complicaties wanneer er overheden in het spel zijn. Een zaak als deze is dan ook een stuk ingewikkelder dan die van de Kalimijnen. Het is natuurlijk ook mogelijk dat De Dommel Nyrstar zelf aansprakelijk stelt voor de geleden schade. Omdat dit tijdschrift in de eerste plaats gericht is op overheden, wordt vooral ingegaan op aansprakelijkheid van de provincie Limburg en de VMM en wordt de aansprakelijkheid van Nyrstar slechts zijdelings aangestipt.

¹ Mr. ir. Jasper van Kempen is als promovendus verbonden aan het Centrum voor Omgevingsrecht en -beleid/NILOS van de Universiteit Utrecht. Zijn onderzoek naar waterproblematiek in grensoverschrijdende stroomgebieden wordt mede mogelijk gemaakt door het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, de provincies Limburg en Noord-Brabant en de waterschappen Aa & Maas, De Dommel, Brabantse Delta en Hollandse Delta. E-mailadres: j.vankempen@law.uu.nl.

Allereerst dient opgemerkt te worden dat de bestuursrechter in beginsel niet bevoegd is in zaken als deze. Deze is slechts bevoegd te oordelen over besluiten van *Nederlandse* bestuursorganen.⁸ Dit artikel zal zich dan ook beperken tot een procedure voor de civiele rechter. Hierbij wordt uitgegaan van een verhaalsactie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).⁹ Als voorbeeld wordt de hierboven geschetste casus gehanteerd, waarbij waterschap De Dommel de Vlaamse provincie Limburg aansprakelijk stelt voor het onterecht afgeven van de lozingsvergunning

- 2 Dit artikel bouwt voort op J.J.H. van Kempen, *Interstatelijke civiele sancties wegens grensoverschrijdende milieuvervuiling. Hindernissen en kansen*, Utrecht: Wetenschapswinkel Rechten 2007. Met dank aan Edward Brans, Marleen van Rijswijk en Rob Widdershoven voor hun nuttige commentaar bij dit artikel.
- 3 Voor lezers van dit tijdschrift is wellicht de uitspraak van de Hoge Raad van 23 september 1988, *NJ* 1989, 743, het meest bekend. Hierbij werd, na een periode van 14 jaar procederen, vastgesteld dat Franse kalimijnen een schadevergoeding moesten betalen aan Nederlandse tuinders wegens zoutlozingen in Frankrijk waardoor zij in Nederland schade leden. Voor ipr-specialisten is echter de eerdere uitspraak van het Hof van Justitie meer bekend: HvJ EG 30 november 1976, zaak 21/76, *NJ* 1977, 494. Dit is ook de uitspraak die hier bedoeld wordt. De juridisch relevante inhoud hiervan wordt in paragraaf 2.1 van deze bijdrage besproken.
- 4 Met name de Kaderrichtlijn water (Richtlijn 2000/60/EG, *PbEG* 2000, L 327/1) speelt hier een belangrijke rol. Zie voor een volledig overzicht van alle relevante richtlijnen en hun betekenis voor de nationale waterbeheerder H.F.M.W. van Rijswijk (red.), *EG-recht en de praktijk van het waterbeheer*, Utrecht: STOWA 2008.
- 5 Uiteraard via het niveau van de lidstaat. Het is de rijksoverheid die schadelijkt is jegens Brussel. De decentrale waterbeheerder komt eventueel pas via onderling schadeverhaal aan de beurt.
- 6 Tenzij dat opgenomen zou zijn als uitzonderingsgrond in de desbetreffende richtlijn. Hiervan is – met uitzondering van de verwachte Richtlijn prioritair stoffen (nu nog voorstel 11486/3/2007 – C6-0055/2008 – 2006/0129(COD)) – vooralsnog echter geen sprake.
- 7 De VMM is een agentschap van het Vlaams Gewest en heeft rechtspersoonlijkheid.
- 8 Blijkens de wetgeschiedenis bij art. 1:1 Awb moet het gaan om een krachtens Nederlands recht ingesteld orgaan (E.J. Daalder & G.R.J. de Groot, *Parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Eerste tranche (wet van 4 juni 1992, Stb. 315)*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1993, p. 133-134).
- 9 Kwalitatieve aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW) en hinder (art. 5:37 BW) blijven hier – in verband met de omvang van deze bijdrage – buiten beschouwing.
- 10 Waterschap De Dommel en de Provincie Noord-Brabant zijn bijvoorbeeld in beroep gegaan tegen de vergunningverlening aan Nyrstar en procederen nu in hoogste instantie bij de Belgische Raad van State. In Duitsland is een dergelijke procedure echter niet mogelijk omdat het nationale bestuursprocesrecht dit niet toestaat.
- 11 Dit is niet makkelijk voor een waterschap. Aangezien er geen Vlaamse evenknie bestaat van dit typisch Nederlandse bestuursorgaan en ‘hogere’ Vlaamse bestuursorganen een waterschap niet direct als volwaardige overlegpartner beschouwen, blijkt samenwerking in de praktijk erg moeizaam.
- 12 Verordening (EG) 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. In werking sinds 1 maart 2002.

aan Nyrstar of de VMM voor het onterecht uitvoeren van baggerwerkzaamheden.

In internationale civiele zaken speelt het internationaal privaatrecht een belangrijke rol. Dit rechtsgebied regelt de bevoegdheid van de nationale rechter in internationaal verband, het toepasselijke recht dat de bevoegde rechter dient toe te passen en ten slotte de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen. Deze bijdrage volgt die structuur, zonder diep in te gaan op de erkenning en tenuitvoerlegging van gerechtelijke uitspraken. Paragraaf 2 behandelt de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in zaken jegens buitenlandse overheden. Hierbij wordt tevens een uitstapje gemaakt naar het internationaal publiekrecht, dat naast het internationaal privaatrecht een regeling geeft over de rechterlijke bevoegdheid. In paragraaf 3 wordt betoogd dat de Nederlandse rechter Nederlands recht kan toepassen. Paragraaf 4 gaat ten slotte in op enkele inhoudelijke aspecten van ons nationale aansprakelijkheidsrecht die van belang zijn in grensoverschrijdende procedures tussen overheden.

Overigens moet opgemerkt worden dat een civiele actie tussen overheden niet snel zal plaatsvinden. Voordat men aan de schadevergoedingsvraag toekomt, kunnen nationale overheden – afhankelijk van het buitenlandse bestuursprocesrecht – reeds optre-

Een eis tot schadevergoeding zal omstreden zijn, omdat dit de interstatelijke bestuurlijke verhoudingen ernstig kan schaden

den in buitenlandse bestuursrechtelijke bezwaar- en beroepsprocedures.¹⁰ Een eis tot schadevergoeding komt pas hierná aan de orde en zal ook dan omstreden zijn, omdat dit de interstatelijke bestuurlijke verhoudingen ernstig kan schaden. Nationale bestuursorganen zullen veeleer proberen middels bestuurlijk overleg tot een oplossing te komen.¹¹ De interstatelijke civiele sanctie vormt in die zin een *ultimum remedium*.

2 Rechterlijke bevoegdheid

2.1 Internationaal privaatrecht

Om in een geschil een buitenlandse staat te kunnen veroordelen tot het betalen van schadevergoeding, zal een Nederlandse rechter zich bevoegd moeten verklaren over dat geschil te oordelen. Allereerst is hier de EEX-Verordening van belang.¹² Naast het *forum rei* (het gerecht van de gedaagde) wijst de verordening de rechter aan van de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan (de

locus delicti) als bevoegde rechter. Maar waar is dat in zaken van zich verplaatsende waterverontreiniging? Twee plaatsen kunnen onderscheiden worden: de plaats waar de schadeveroorzakende handeling plaatsvindt (de *locus acti*, Overpelt in deze zaak) en de plaats waar de schade ten gevolge van die handeling intreedt (de *locus damni*, onder andere waterschap De Dommel dus). In het *Kalimijnen*-arrest werd voor het eerst duidelijk welke van deze twee plaatsen bedoeld werd. Volgens het Hof is zowel de rechter van de *locus acti* als die van de *locus damni* bevoegd.¹³ De eisende partij heeft de keuze aan welke rechter hij zijn zaak voorlegt en de Nederlandse rechter kan dus bevoegd zijn over het geschil te oordelen. Maar dit is niet de *Kalimijnen*-zaak; hier zijn overheden in het spel. Is de EEX-Verordening überhaupt wel van toepassing?

De EEX-Verordening is blijkens art. 1 materieel van toepassing ‘in burgerlijke en handelszaken’. Dit is een autonoom Europees begrip en zodra het gaat om een ‘burgerlijke rechtsvordering’, is deze verordening van toepassing.¹⁴ In een serie arresten¹⁵ heeft het Hof van Justitie verder uitgewerkt wanneer sprake is van zo’n burgerlijke rechtsvordering. In deze arresten bespreekt het Hof het geval van een eisende overheid en introduceert het Hof het begrip ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’. Wanneer een overheid de eisende partij is, is, aldus het Hof, geen sprake van een burgerlijke rechtsvordering wanneer deze overheid, door het instellen van de eis, handelt krachtens overheidsbevoegdheid. Om dit vast te stellen is – in de eerste plaats – het voorwerp van geschil en – vervolgens – de aard van de rechtsbetrekking van belang. Uit analyse van deze arresten¹⁶ volgt dat het tamelijk moeilijk kan zijn vast te stellen of sprake is van ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’. Wel lijkt de jurisprudentie te tenderen naar een steeds grotere nadruk op het criterium van de ‘exclusiviteit’ van de gehanteerde bevoegdheid: wanneer bij het instellen van de vordering tot schadevergoeding sprake is van rechten die een particulier niet heeft, handelt de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid.

Wanneer dus een overheid een vordering indient tot schadevergoeding wegens grensoverschrijdende waterverontreiniging, moet nagegaan worden of daarbij gebruik wordt gemaakt van rechten die particulieren niet hebben. Wat het instellen van de vordering betreft, is voldoende dat deze gebaseerd is op het privaatrecht (zoals in de *Dommel*-casus art. 6:162 BW). Dan is het een ‘burgerlijke of handelszaak’ en valt de vordering onder de verordening, zelfs als een overheid die vordering instelt en zelfs als alleen een overheid die vordering kan instellen.¹⁷ Na vastgesteld te hebben dat het voorwerp van geschil onder de verordening valt (mits de vordering dus op het privaatrecht wordt gebaseerd), is – zoals gezegd – de aard van de rechtsbetrekking aan de beurt. Vastgesteld dient te worden hoe de rechtsbetrekking tussen par-

tijen ontstaan is en hoe het komt dat de schadeveroorzakende partij geld verschuldigd zou zijn aan de gelaedeerde partij.

Eenzijds kan de geleedeerde partij benadeeld worden omdat er een inbreuk gemaakt wordt op een recht dat deze heeft op de beschadigde (verontreinigde) zaak. Zo zal een waterbeheerder vaak eigenaar zijn van de bodem onder de bij hem in beheer zijnde oppervlaktewaterlichamen. Wanneer deze bodem verontreinigd wordt doordat verontreinigd water eroverheen stroomt (hetgeen dikwijls het geval is), is sprake van schade. Een andere vorm van schade ontstaat wanneer deze waterbeheerder overgaat tot sanering van de verontreinigde bodem. Voor deze sanering maakt hij kosten en die kunnen aangevoerd worden als geleden schade.

Wat deze laatste categorie betreft, lopen civielrechtelijke milieugeschillen een grote kans niet onder de verordening te vallen, omdat het achterliggende juridische kader waarbinnen de eisende overheid in het geval van kostenverhaal opereert nu eenmaal publiekrechtelijk is.¹⁸ Met name het arrest *Rüffer*¹⁹ zou hier roet in het eten kunnen gooien. In dit arrest verwijderde de Nederlandse staat een gezonken schip uit een internationale waterloop. De staat was hiertoe verplicht op grond van Nederlands publiekrecht. Toen de staat de gemaakte kosten terugvorderde van de Duitse eigenaar, werd de verordening²⁰ niet van toepassing verklaard: ook al is het middel dat gehanteerd wordt privaatrechtelijk van aard, de rechtsbetrekking waaruit de vordering voortvloeit is publiekrechtelijk.²¹ Particulieren zouden die kosten niet kunnen verhalen, want zij kunnen ze niet maken, aldus het hof.²²

Een eisende overheid die zich beroept op een schending van haar eigendomsrecht heeft dus meer kans dat de verordening van toepassing is dan een overheid die zich beroept op aan haar opgedragen milieubeschermingstaken (zoals de implementatiewetgeving van de Europese waterrichtlijnen). Noch bij het *instellen van de eis* tot schadevergoeding, noch bij het *ontstaan van de kosten*, mag gebruik zijn gemaakt van rechten die particulieren niet hebben. Ook al is – volgens Briggs – het hof sinds het begin van deze eeuw een andere koers gaan varen door art. 1 steeds ruimer te interpreteren,²³ toch blijft bovenstaande twee stappenredenering in stand en loopt een kostenverhalende overheid kans dat de verordening niet van toepassing is. Bovendien sluiten de omstandigheden van *Rüffer* het best aan op verhaal van kosten die voortvloeien uit reiniging van een verontreinigde waterbodemp. Andere genoemde arresten die zouden nopen tot een ruimere interpretatie van art. 1 spelen niet op het terrein van het milieurecht en kennen geen achterliggend publiekrechtelijk kader ten aanzien van de aard van de rechtsbetrekking.

Voor zich verwerende overheden geldt eenzelfde eis als voor eisende overheden.²⁴ De EEX-Verordening is slechts van toepassing, zolang de verweerder bij het veroorzaken van de schade niet handelde krachtens overheidsbevoegdheid. Wanneer dus een buitenlandse overheid bij het veroorzaken van waterverontreiniging gebruik heeft gemaakt van bevoegdheden die niet aan particulieren ter beschikking staan, kan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter in die zaken niet gebaseerd worden op de EEX-Verordening. Het afgeven van een lozingsvergunning aan Nyrstar is iets wat alleen overheden kunnen doen. Hierop zal de EEX-Verordening dan ook niet van toepassing zijn. Wanneer een overheidslichaam middels feitelijke handelingen echter zelf schadelijke stoffen in het water brengt, ligt dat wat ingewikkelder. Enerzijds kan betoogd worden dat ieder ander – net als de overheid – verontreinigt materiaal in het oppervlaktewater kan brengen. Anderzijds kan betoogd worden dat alleen de overheid dat kan in het kader van saneringswerkzaamheden zoals het uitbaggeren van de waterbodem onder de Dommel door de VMM.

In dit licht is het misschien interessant een kijkje te nemen bij het Nederlandse strafrechtelijke begrip ‘exclusieve bestuurstaak’ zoals dat gehanteerd wordt bij de strafrechtelijke immuniteit van decentrale overheden. De Rechtbank Assen bestempelde het *zuiveren* van afvalwater *niet* als een exclusieve taak van een waterschap, omdat de wet (art. 15a Wvo) uitbesteding aan andere rechtspersonen expliciet mogelijk maakt.²⁵ De Rechtbank Dordrecht bestempelde het *transport* van dat water *wel* als een exclusieve taak

van de gemeente, omdat dit transport alleen kan plaatsvinden door de gemeente en een specifieke, bij wet aan de gemeenten opgedragen taak betreft.²⁶ Hieruit kan geconcludeerd worden dat wanneer de wettelijke regeling ruimte biedt voor uitbesteding, geen sprake is van een exclusieve bestuurstaak. Of deze nationale – strafrechtelijke – redenering echter een plek heeft bij uitleg van de EEX-Verordening is maar zeer de vraag.

Voor toepasselijkheid van de verordening is dus vereist dat zowel de eisende overheid (bij het eisen) als de zich verwerende overheid (bij het veroorzaken van de schade) geen gebruik maakt van exclusieve bevoegdheden. Wanneer de EEX-Verordening niet van toepassing is, kan de Nederlandse rechter zijn bevoegdheid nog stoelen op het commune internationaal bevoegdheidsrecht. Art. 6 sub d Rv bepaalt dat de Nederlandse rechter bevoegd is, indien het schadebrengende feit zich in Nederland heeft voorgedaan. Deze formulering is letterlijk ontleend aan de EEX-Verordening en moet dus ook analoog worden geïnterpreteerd.²⁷ De Nederlandse rechter is dus hoe dan ook bevoegd te oordelen over een zaak als de onderhavige, ongeacht de toepasselijkheid van de EEX-Verordening.

De EEX-Verordening regelt echter niet alleen de rechterlijke bevoegdheid, maar ook de erkenning en tenuitvoerlegging van rechtelijke vonnissen in andere EU-lidstaten. Wanneer de EEX-Verordening niet van toepassing is, betekent dit dat een buitenlandse rechter niet verplicht is een eventueel veroordelend Nederlands vonnis tegen een overheid van dat land te erkennen en tenuitvoerlegging erg problematisch is. Een eisende Nederlandse overheid heeft dus groot belang bij het van toepassing zijn van de verordening. Waterschap De Dommel heeft er dus weinig aan bij de Nederlandse civiele rechter aan te kloppen om de Vlaamse provincie Limburg te veroordelen tot een schadevergoeding wegens onrechtmatige vergunningverlening. Een eventueel verkregen vonnis zal immers uiteindelijk niet geëffectueerd kunnen worden. Of een procedure jegens de VMM onder de verordening valt is onzeker. Wanneer het bedrijf Nyrstar zelf wordt aangesproken, maakt het waterschap meer kans, omdat de feitelijke verontreinigende handeling door een particulier wel onder de EEX-Verordening zal vallen.

2.2 Internationaal publiekrecht

Naast²⁸ de zojuist behandelde internationaal privaatrechtelijke regeling, heeft een buitenlandse overheid een extra mogelijkheid de bevoegdheid van de Nederlandse rechter te bestrijden: door zich te beroepen op volkenrechtelijke immuniteit van jurisdictie. In het volkenrecht erkende uitzonderingen op de rechterlijke bevoegdheid kunnen de rechtsmacht van de Nederlandse rechter beperken (art. 13a Wet algemene bepalingen). Immuniteit van jurisdictie is zo'n

- 13 HvJ EG 30 november 1976, zaak 21/76, *NJ* 1977, 494.
- 14 Rapport Jenard, *Publicatieblad EG*, C-59/1979.
- 15 Zaak 29/76 (*Eurocontrol*), *NJ* 1982, 95, zaak C-814/79 (*Rüffer*), *NJ* 1982, 97, zaak C-172/91 (*Sonntag*), *Jur.* 1993, p. 1-1963, zaak C-271/00 (*Steenbergen*), *Jur.* 2002, p. 1-10489 en zaak C-266/01 (*Préservatrice Foncière*), *Jur.* 2003, p. 1-4867.
- 16 Van Kempen 2007, p. 77-81 (zie noot 2).
- 17 A. Briggs, *Civil Jurisdiction and Judgments*, London: Informa/Lloyds of London 2005, p. 48-49.
- 18 G. Betlem, 'Overheidsacties en het begrip "burgerlijke en handelszaken" uit de EEX-Verordening', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2002, p. 35-40.
- 19 HvJ EG 6 december 1980, zaak 814/79, *NJ* 1982/97.
- 20 Toentertijd nog het EEX-Verdrag.
- 21 Betlem 2002, p. 35-40 (zie noot 18).
- 22 Mij lijkt deze redenering nogal vreemd, aangezien ook particulieren een wrak kunnen verwijderen.
- 23 Aldus Briggs 2005, p. 48-49 (zie noot 17). Hij wijst hierbij op de volgende uitspraken: zaak C-271/00, *Jur.* 2002, p. 1-10489, zaak C-433/01, *Jur.* 2004, p. 1-981, zaak C-265/02, *Jur.* 2004, p. 1-1543 en zaak C-167/00, *Jur.* 2002, p. 1-8111.
- 24 HvJ EG 21 april 1993, zaak C-172/91 (*Sonntag*), *Jur.* 1993, p. 1-1963.
- 25 Rb. Assen 2 november 2005, *LJN* AU5334.
- 26 Rb. Dordrecht 9 november 2005, *LJN* AU5981.
- 27 Eigenlijk is de formulering ontleend aan de voorloper van de verordening: het EEX-Verdrag. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 36.
- 28 Of beter gezegd: vóór. Het volkenrechtelijke bevoegdheidsrecht komt in een procedure normaal gesproken eerst aan bod. Uit didactische overwegingen is de volgorde hier omgedraaid.

uitzondering en vloeit voort uit het *par-in-parembeginsel*: tussen gelijken bestaat geen rechtsmacht.

Dit beginsel is onderdeel van het volkenrechtelijke gewoonterecht.²⁹ Meer specifiek voor Nederland is de Europese Overeenkomst inzake de Immuniteit van Staten (hierna: EOIS) van belang. Behalve door Nederland is de EOIS geratificeerd door België, Cyprus, Duitsland, Luxemburg, Oostenrijk, het Verenigd Koninkrijk en Zwitserland. In de casus van De Dommel zal de EOIS dus van toepassing zijn.

Gold oorspronkelijk het beginsel van absolute immuniteit³⁰, tegenwoordig vigeert (zowel in het gewoonterecht als in de EOIS³¹) de restrictieve immuniteitsleer.³² Deze nieuwe leer maakt een onderscheid tussen typische overheidshandelingen (*acta iure imperii*) en privaatrechtelijke handelingen (*acta iure gestionis*). Volgens de restrictieve leer kan een staat zich in beginsel alleen geldig op immuniteit beroepen, indien het gaat om handelingen die *iure imperii* zijn verricht en staat hij wat betreft *acta iure gestionis* gelijk aan een particulier en geniet hij dus geen bescherming. Het is echter niet eenvoudig om vast te stellen welke handelingen nu als privaatrechtelijk en welke als typische overheidshandelingen zijn te beschouwen. Om dit onderscheid te maken, kijkt de Nederlandse rechter vooral naar de aard van de handeling en niet – zoals in andere landen wel gebeurt – naar het doel van de handeling.³³

Ook de EOIS hanteert dit onderscheid tussen *acta iure gestionis* en *acta iure imperii* en gaat uit van een zogenoemde *negative list approach*. Dat betekent dat immuniteit wordt verleend, tenzij is voldaan aan één der in een lijst opgesomde gevallen van erkende *acta iure gestionis*.³⁴ In de overeenkomst wordt het onderscheid tussen beide soorten handelingen echter op internationaal privaatrechtelijke wijze ingevuld. In de *negative list* zijn per soort handeling aanknopingspunten toegevoegd die ontleend zijn aan het internationaal privaatrecht. Dit is gedaan omdat de staten die partij zijn bij de overeenkomst ook uitvoering moeten geven aan vonnissen van rechters van andere verdragsstaten die hun bevoegdheid aan de overeenkomst ontleen (art. 20 lid 1 EOIS). De verdragsstaten bleken hier alleen toe bereid wanneer voldoende verbondenheid tussen processtaat en geschil middels de genoemde aanknopingspunten gegarandeerd is.³⁵

Voor de internationale onrechtmatige daad is art. 11 EOIS van belang. Uit dit artikel volgt dat een vreemde staat zich in geval van een onrechtmatigedaadsactie niet op immuniteit kan beroepen, indien – ten eerste – de gebeurtenis waaruit de schade is voortgevloeid zich heeft voorgedaan op het grondgebied van de forumstaat en – ten tweede – de veroorzaker van de schade zich op dat grondgebied bevond op het tijdstip waarop die gebeurtenis zich heeft voorgedaan. De onrechtmatigedaadsuit-

zondering is in beginsel bedoeld om gevallen als (verkeers)ongevallen en politieke aanslagen in de forumstaat te dekken.³⁶ De onrechtmatigedaadsuitzondering lijkt wat dat betreft dan ook niet geschikt voor gevallen van grensoverschrijdende milieuverontreiniging.³⁷ Bij grensoverschrijdende milieuvervuiling is namelijk karakteristiek dat de schadeveroorzakende gebeurtenis *niet* op het grondgebied van de forumstaat plaatsvond.³⁸ Oprekking van het locus-begrip zoals gebeurde in de *Kalimijnen*-zaak lijkt hier niet mogelijk. Grensoverschrijdende waterverontreiniging komt dus niet op de *negative list* voor.

De *negative list* van de EOIS is echter geen uitputtende opsomming van *acta iure gestionis*.³⁹ Indien een zaak niet in de lijst voorkomt, kan de Nederlandse rechter beslissen naar de in Nederland geldende inzichten (art. 24 EOIS).⁴⁰ De vraag dient dus te worden beantwoord, of er naar Nederlands inzicht sprake is van een *actum iure imperii*. Alleen dan komt de vreemde staat een geldig beroep op immuniteit toe. Zoals gezegd kijkt de Nederlandse rechter bij de beantwoording van deze vraag naar de aard van de handeling en niet naar het ermee beoogde doel. Maar wat dit oordeel precies behelst is erg onduidelijk. Een citaat van Wittich is hier illustratief: ‘However, this distinction [tussen *acta iure imperii* en *acta iure gestionis*, JvK], while widely accepted, is only begging the question as to how it is to be made.’⁴¹ Er bestaan geen algemeen geaccepteerde criteria en de rechter neigt naar een casuïstische benadering door telkens de context en omstandigheden van elke individuele zaak in ogenschouw te nemen.⁴² De zeer beperkt voorhanden zijnde Nederlandse jurisprudentie⁴³ lijkt te suggereren dat het moet gaan om een ‘duidelijke overheidshandeling’, een handeling die niet evenzeer door een particulier had kunnen worden verricht. Dit lijkt erg veel op het zojuist behandelde ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ uit de EEX-Verordening. In tegenstelling tot een autonoom Europees begrip gaat het hier echter om een Nederlands begrip. Men kan dus niet zonder meer aansluiten bij de Europese jurisprudentie op dit gebied. Maar ook al is onduidelijk wat precies de in Nederland geldende inzichten zijn met betrekking tot een beroep op immuniteit van jurisdictie in zaken van grensoverschrijdende waterverontreiniging, een vergunningverlening zal naar alle waarschijnlijkheid wel een ‘duidelijke overheidshandeling’ zijn. Dit ligt mogelijk anders in een zaak jegens de VMM. Zoals hierboven al is betoogd, is feitelijk verontreinigend handelen mogelijk niet vatbaar voor immuniteit. Op dit punt is ook meer plaats voor aansluiting bij het strafrechtelijke begrip van een ‘exclusieve overheidstaak’ nu het hier gaat om de invulling van een *nationaal* begrip, in tegenstelling tot de invulling van het autonome Europese begrip ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’.⁴⁴

Concluderend kan gezegd worden dat het onzeker is of de Nederlandse rechter internationaal

Het is onzeker of de Nederlandse rechter internationaal publiekrechtelijk bevoegd is jegens een buitenlandse overheid in een zaak van grensoverschrijdende waterverontreiniging

publiekrechtelijk bevoegd is jegens een buitenlandse overheid in een zaak van grensoverschrijdende waterverontreiniging. De provincie Limburg zal zich hier zeker op beroepen en hoogstwaarschijnlijk immuun blijven voor veroordeling door de Nederlandse rechter, de VMM maakt echter minder kans. Internationaal privaatrechtelijk is de rechterlijke bevoegdheid geen probleem, maar is het maar de vraag of

deze gebaseerd kan worden op de EEX-Verordening. Is dat niet het geval, dan zijn erkenning en tenuitvoerlegging van een eventueel veroordelend vonnis problematisch. Waterschap De Dommel zou er dus goed aan doen zich te concentreren op de VMM of Nyrstar; in Nederland procederen tegen de provincie Limburg lijkt kansloos.

3 Toepasselijk recht

Mocht de Nederlandse rechter zichzelf – internationaal publiek- en privaatrechtelijk – bevoegd verklaren over het geschil te oordelen, dient hij vervolgens vast te stellen welk recht hij zal toepassen bij zijn inhoudelijke beoordeling.

Tot 11 januari 2009 is deze stap een stuk eenvoudiger dan de vorige. Tot die datum is de enige bron van internationaal privaatrecht ten aanzien van het toepasselijke recht het *commune conflictenrecht*, dat te vinden is in de Wet conflictenrecht onrechtmatige daad (hierna: Wcod). De hoofdregel wordt gegeven door art. 3 lid 1 Wcod: toepasselijk is het recht van de staat op welks grondgebied de daad plaatsvindt. Art. 3 lid 2 Wcod bevat een uitzondering wanneer de schade elders intreedt, in dat geval is het recht van de *locus damni* van toepassing, tenzij de dader de schadelijke inwerking van zijn daad aldaar niet had kunnen voorzien. Wat betreft lozingen in een water (zeker in het geval van een rivier) die schadelijke gevolgen hebben in Nederland, zal dus in beginsel Nederlands recht van toepassing zijn. Het is immers erg onwaarschijnlijk dat de schadeveroorzakende partij niet had kunnen voorzien dat haar handelen ook stroomafwaarts schade zou kunnen veroorzaken.

Vanaf 11 januari 2009 wordt ook deze stap echter ingewikkelder. Op die datum treedt namelijk de Rome II-Verordening in werking.⁴⁵ De hoofdregel van de verordening wordt gegeven door art. 4: de *lex loci damni* (het recht van de staat van de gelaedeerde dus) is van toepassing, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan. Specifiek bij milieuschade wordt de gelaedeerde partij nog de keuze geboden zijn vordering eventueel te baseren op de *lex loci acti* (het recht van de staat van de laedens).⁴⁶ Indien de eisende partij dat wil, zal de Nederlandse rechter op een zaak van grensoverschrijdende waterverontreiniging dus ook Nederlands recht toepassen. Ook hier is de toepasselijkheid van de verordening echter een probleem. Blijkens art. 1 is de Rome II-Verordening – net als de EEX-Verordening – van toepassing op (niet-contractuele verbintenissen in) burgerlijke en handelszaken. Volgens punt 7 van de considerans moet het toepassingsgebied van de Rome II-Verordening stroken met de EEX-Verordening. Wat betreft de toepasselijkheid van de Rome II-Verordening geldt dus hetzelfde als hetgeen hierboven betoogd is over de toepasselijkheid van de EEX-Verordening. De veror-

- 29 P. Malanczuk, *Akehursts Modern Introduction to International Law*, London: Routledge 1997, p. 118.
- 30 Malanczuk 1997, p. 119 (zie noot 29).
- 31 *Kamerstukken II 1981/82*, nr. 3, p. 4.
- 32 Malanczuk 1997, p. 119 (zie noot 29) en J. Spiegel, *Vreemde staten voor de Nederlandse rechter. Immunitet van jurisdictie en van executie* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 6.
- 33 S. Wittich, 'The definition of commercial acts', in: G. Hafner, M.G. Kohen & S. Breau (red.), *State Practice Regarding Immunities*, Leiden: Martinus Nijhoff 2006, p. 21-47. Zie ook HR 28 mei 1993, *NJ* 1994, 329 en HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 650, r.o. 3-3.6.
- 34 Art. 15 EOIS. Naast *acta iure gestionis* bevat de lijst ook een aantal (hier niet relevante) andere uitzonderingen op de immunitet (art. 12-14).
- 35 Explanatory Report, punt 10, onder (1).
- 36 C.H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge: Grotius 1988, p. 44.
- 37 C.H. Schreuer, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge: Grotius 1988, p. 51 en: B. Hess, *Staatenimmunität bei Distanzdelikten. Der private Kläger im Schnittpunkt von zivilgerichtlichem und völkerrechtlichem Rechtsschutz*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1992, p. 216.
- 38 De forumstaat is hier namelijk altijd een andere staat dan die van de schadeveroorzakende overheid. Was het dezelfde staat, dan zou immunitet geen rol spelen, want dan ging het om de 'eigen' rechter.
- 39 Hess 1992, p. 219 (zie noot 37).
- 40 Deze mogelijkheid is ingewikkelder dan hier behandeld kan worden. Zie voor een uitgebreidere onderbouwing Van Kempen 2007, p. 41-44 (zie noot 2). Er dient vermeld te worden dat deze gedachtegang niet door anderen wordt gebezigd (noch in bevestigende, noch in ontkennde zin). Een impliciete aanvaarding van deze redenering valt evenwel te lezen in J.M. van Dunné (red.), *Non-Point Source River Pollution: The Case of the River Meuse*, Den Haag: Kluwer 1996, p. 148.
- 41 Wittich 2006, p. 21 (zie noot 33).
- 42 Wittich 2006, p. 47.
- 43 HR 28 mei 1993, *NJ* 1994, 329 en HR 25 november 1994, *NJ* 1995, 650.
- 44 Zie voor een uitgebreidere behandeling: Van Kempen 2007, p. 45-50 (zie noot 2).
- 45 Verordening (EG) 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen.
- 46 Art. 7 Rome II.

dening zal niet van toepassing zijn in een procedure tegen de Vlaamse provincie Limburg wegens een onrechtmatige vergunningverlening, maar mogelijk wel in een procedure tegen de VMM of Nyrstar zelf wegens feitelijk schadeveroorzakend handelen.

Verder sluit art. 1 van de Rome II-Verordening *acta iure imperii* letterlijk van toepasselijkheid uit. Hiermee wordt – op wens van het Europees Parlement – de aansprakelijkheid van overheidsinstanties uitgesloten van het toepassingsgebied van de verordening om te voorkomen dat zij aan buitenlands recht worden onderworpen. Volgens het parlement is dit in het bijzonder van belang voor lidstaten waar op het vlak van aansprakelijkheid dezelfde regeling geldt voor *acta iure gestionis* en *acta iure imperii*.⁴⁷ Het is onduidelijk of hiermee precies hetzelfde bedoeld wordt als hierboven in paragraaf 2.2 is betoogd. Aangezien slechts zeven van de zevenentwintig EU-lidstaten partij zijn bij de EOIS, lijkt het onwaarschijnlijk dat het regime van de overeenkomst hier zal worden toegepast. De EOIS is een product van de Raad van Europa en niet van de EU. Waarschijnlijk hebben we hier dus te maken met het algemene – onduidelijke – begrip uit het volkenrechtelijke gewoonterecht wat verder ingevuld zal moeten worden door het Europese Hof van Justitie.

Hoe dit ook zij, ook indien de Rome II-Verordening niet van toepassing is, kan Nederlands recht worden toegepast op grond van de Wcod. Het niet toepasselijk zijn van de Rome II-Verordening heeft hier dezelfde consequenties als in het geval van de EEX-Verordening: erkenning en executie in het buitenland zijn problematisch. Niet omdat de Rome II-Verordening hieromtrent iets regelt, maar omdat de toepasselijkheid van beide verordeningen is gekoppeld: het niet toepasselijk zijn van de Rome II-Verordening impliceert logischerwijze dat het erkennings- en executiedeel van de EEX-Verordening evenmin van toepassing is.

4 De internationale onrechtmatige overheidsdaad

Nu we vastgesteld hebben dat de Nederlandse rechter mogelijk bevoegd is en het Nederlandse recht van toepassing is, komen we aan op het terrein dat de lezer van dit tijdschrift wel bekend zal zijn: de inhoud van het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht. Vanwege de beschikbare ruimte, worden in dit artikel niet alle aspecten behandeld die daarbij aan bod komen. Het vervolg gaat slechts in op de punten die bijzondere aandacht verdienen ten opzichte van nationale gevallen van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.⁴⁸

4.1 Een overheid die een onrechtmatige daad pleegt

Volgens art. 6:162 BW is het (onder meer) onrechtmatig om te handelen in strijd met een wettelijke plicht. In internationale gevallen is het de vraag welke wettelijke plichten onrechtmatig geschonden kunnen worden. Uit het *Interlas*-arrest⁴⁹ volgt dat ook een doen of nalaten in strijd met een *buitenlandse* wettelijke plicht onrechtmatig is in de zin van art. 6:162 BW. De inhoud van deze wettelijke plichten verschilt van land tot land. Het Europese recht brengt hierin evenwel wat uniformiteit. Ook al heeft elke lidstaat de bevoegdheid (en plicht) vorm en middelen te kiezen bij de implementatie van de relevante richtlijnen, het door de richtlijn voorgeschreven resultaat is uiteindelijk wat de lidstaten bindt.⁵⁰ Wat betreft waterverontreiniging is hier vooral de Kaderrichtlijn water van belang. Wanneer een buitenlandse overheid handelt in strijd met de (nationale implementatie van de) verplichtingen uit die richtlijn, is er sprake van strijd met een wettelijke plicht en kan de Nederlandse rechter dus een schadevergoeding toewijzen. Volgens De Dommel handelt de provincie Limburg inderdaad in strijd met de kaderrichtlijn en tevens in strijd met de IPPC-Richtlijn.⁵¹ Wanneer door de baggerwerkzaamheden de milieukwaliteitseisen van de kaderrichtlijn worden overschreden, handelt ook de VMM in strijd met een wettelijke plicht.

Verder is het theoretisch mogelijk dat in het buitenland verrichte handelingen (of omissies) in strijd zijn met een *Nederlandse* wettelijke plicht. Het is natuurlijk de vraag of een buitenlander normaddressaat kan zijn van Nederlandse wettelijke normen. Dit is niet geheel ongebruikelijk, getuige bijvoorbeeld het strafrechtelijke universaliteitsbeginsel en het feit dat in het belastingrecht algemeen geaccepteerd is dat één en hetzelfde feit door meerdere nationale belastingregimes bestreken kan worden.⁵² Ook uit de *Lotus*-zaak⁵³ volgt dat staten in beginsel vrij zijn onder hun jurisdictie te brengen wat zij zelf willen.⁵⁴ Wat betreft het milieurecht is Jessurun d'Oliveira van mening dat uit de bewoordingen en het doel van Nederlandse milieuwetgeving volgt dat buitenlandse 'emittoren' een Nederlandse vergunning nodig hebben wanneer hun emissies (al dan niet direct) in het Nederlandse milieu terechtkomen.⁵⁵ Of dit echt het geval is, is echter zeer de vraag. In de praktijk wordt van deze redenering in elk geval geen gebruik gemaakt en het lijkt zeer onwaarschijnlijk dat De Dommel Nyrstar zal aanspreken wegens handelen zonder een door het waterschap afgegeven vergunning.

Wanneer Nyrstar wordt aangesproken voor veroorzaakte schade, zal het bedrijf zich waarschijnlijk beroepen op de door de provincie Limburg afgegeven vergunning, die zijn handelen rechtmatig zou maken. Zoals Affourtit en Hoekstra onlangs

in dit tijdschrift betoogden,⁵⁶ is sinds het arrest *Vermeulen/Lekkerkerker*⁵⁷ al bekend dat een vergunning de houder ervan meestal niet vrijwaart tegen aansprakelijkheid wanneer door het gebruik van de vergunning schade wordt toegebracht. Bij bouwvergunningen is dit slechts in uitzonderingsgevallen anders: wanneer bij vergunningverlening al een of andere belangenafweging gemaakt is ter voorkoming van onrechtmatige hinder bij derden, zou een vergunning tegen aansprakelijkheid kunnen vrijwaren. In grensoverschrijdende milieuzaken is het echter zeer onwaarschijnlijk dat die afweging door de lokale vergunningverlenende overheid is gemaakt. Ook de Franse Kalimijnen waren in het bezit van een vergunning en toch oordeelde de Hoge Raad dat zij onrechtmatig handelden.⁵⁸

Mocht een beroep op deze vergunning door Nyrstar toch gehonoreerd worden, dan kan een eisende overheid nog de *geldigheid* van de vergunning bestrij-

den. Dit gebeurde onder andere in de *Sopar*-zaak.⁵⁹ Hierin vocht de Nederlandse Stichting Reinwater de geldigheid van een aan het Belgische bedrijf Sopar verleende lozingsvergunning aan. Het Hof Den Haag overwoog te dien aanzien (r.o. 8): 'de Belgische lozingsvergunning kan niet (...) door de Nederlandse rechter aan Nederlandse normen worden getoetst, behoudens strijd met supra-nationale normen.'⁶⁰ Voor de geldigheid van een buitenlandse vergunning moet dus blijkbaar teruggevallen worden op het materiële buitenlandse recht, tenzij sprake is van strijd met supranationaal recht. Dit supranationaal recht wordt in casu gevormd door de relevante Europese watterichtlijnen. Een buitenlandse (EU-)overheid moet aan dezelfde Europese waterkwaliteitsnormen voldoen als Nederlandse overheden. Deze normen laten als resultaatsverplichtingen geen ruimte voor een minder strenge interpretatie dan de Nederlandse implementatiewetgeving.⁶¹

4.2 De onrechtmatige daad jegens de overheid

Overheden kunnen enerzijds direct schade lijden doordat zij in een subjectief recht worden aangetast (bijvoorbeeld in hun eigendomsrecht van 's lands niet-particuliere bodem). Anderzijds kan de overheid ertoe gedwongen worden kosten te maken (bijvoorbeeld om de kwaliteit van water te herstellen nadat een overschrijding van een toegestane concentratie is gebleken). De overheid maakt deze kosten door publiekrechtelijk op te treden. Dat hoeft echter niet in de weg te staan aan privaatrechtelijk verhaal van die kosten. Blijkens het *Zuidpool*-arrest⁶² geldt dit ook voor onrechtmatige daden die gepleegd zijn buiten het Nederlandse territorium.

Zoals bekend is voor kostenverhaal wel vereist dat de overheid zich het belang ter bescherming waarvan het overheidsoptreden noodzakelijk was, op het moment van de aantasting reeds moet hebben aangetrokken, of dat het voor de veroorzaker van de schade voldoende duidelijk moet zijn geweest dat de overheid zich dat belang zou gaan aantrekken.⁶³ Dit vereiste zal in de *Dommel*-casus waarschijnlijk geen beletsel vormen. In art. 21 Gw is immers expliciet bepaald dat de overheid zich de bescherming van het leefmilieu aan zal trekken en meer concreet trekt De Dommel zich de zorg voor de waterkwaliteit aan sinds het waterschap in 1950 waterkwaliteitsbeheerder is geworden.⁶⁴ Dit past bovendien in een internationale trend van meer aandacht voor het milieu. Ook voor een Belgische schadeveroorzaker moet het voldoende duidelijk zijn geweest dat de Nederlandse overheid zich dit belang zou gaan aantrekken.

Kostenverhaal met behulp van het privaatrecht is op grond van de tweewegenleer niet mogelijk als dat een bestaande publiekrechtelijke regeling – waarmee hetzelfde resultaat zou kunnen worden bereikt – onaanvaardbaar zou doorkruisen.⁶⁵ Bij milieuzaken

47 Commentaar van het Europees Parlement in eerste lezing op het voorstel van de Commissie, A6-0211/2005.

48 Aangezien het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht verder gaat in het toekennen van schadevergoeding dan het Europese en het Europese aansprakelijkheidsrecht slechts een vorm van minimumharmonisatie is waarbij verdergaande nationaalrechtelijke aansprakelijkheid is toegestaan, blijft het Europese aansprakelijkheidsrecht hier buiten beschouwing.

49 HR 24 november 1984, NJ 1992, 404.

50 Art. 249 EG.

51 Richtlijn 96/61/EEG, PbEG L257/26.

52 H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Internationale jurisdictie en milieustrafrecht. Een weerwoord', *Milieu en Recht* 1981, p. 59.

53 Permanent Hof van internationale Justitie, serie A No 10 (1927).

54 A.V. van den Berg, 'Grensoverschrijdende milieuwetgeving', in: *Grensoverschrijdende milieuwetgeving, Europeesrechtelijke, internationaalrechtelijke en nationaalrechtelijke aspecten* (Verslag van de vierentwintigste ledenvergadering van de Vereniging voor Milieurecht gecombineerd met de ledenvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht op 24 november 1989), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 24-25.

55 Jessurun d'Oliveira 1981, p. 59 (zie noot 52).

56 V.H. Affourtit & J. Hoekstra, 'Recht om te hinderen? Aansprakelijkheid voor toegebrachte schade en hinder bij het bouwen conform een onherroepelijke bouwvergunning', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2008, p. 2-II.

57 HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278.

58 Hier wordt dus wél bedoeld op de uitspraak van onze hoogste nationale rechter (HR 23 september 1988, NJ 1989, 743) en niet op het arrest van het Europese Hof van Justitie.

59 Hof 's-Gravenhage 19 november 1992, TMA 1993, p. 131.

60 E. Bauw & E.H.P. Brans, *Milieuprivaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 390.

61 In dit verband is het opmerkelijk dat in de *Dommel*-casus de Vlaamse overheid uitgaat van een andere invulling van het begrip 'best beschikbare technieken' (art. 9 lid 4 jo. art. 2 lid 12 IPPC-Richtlijn) dan waterschap De Dommel.

62 HR 26 mei 1978, NJ 1978, 615.

63 Bauw & Brans 2003, p. 211 (zie noot 60) en HR 9 februari 1990, NJ 1991, 462.

64 Als eerste waterschap in Nederland overigens.

65 Windmill, HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393.

is in het algemeen geen publiekrechtelijk kostenverhaal mogelijk.⁶⁶ In grensoverschrijdende gevallen is dat nog sterker het geval.⁶⁷ Indien een overheid een publiekrechtelijke sanctie zou opleggen aan een niet-ingezetene is deze niet executeerbaar. De EEX-Verordening is dan namelijk niet van toepassing omdat het gaat om een administratief-rechtelijke zaak in de zin van art. 1 en klaarblijkelijk niet om een ‘burgerlijke rechtsvordering’.⁶⁸

Het verdient wellicht uitleg dat ook op grond van de Richtlijn milieuaansprakelijkheid⁶⁹ (een publiekrechtelijke regeling) geen verhaal mogelijk is. Blijkens art. 15 ziet deze richtlijn ook op grensoverschrijdende gevallen. Gezien de bewoordingen van dit artikel gelden de ‘normale’ verhaalsmogelijkheden van de richtlijn op exploitanten dan echter niet.⁷⁰ In grensoverschrijdende gevallen hebben lidstaten slechts de mogelijkheid de schade te melden bij de Commissie en de andere betrokken lidstaten en aanbevelingen te doen inzake het nemen van preventieve of schadebeperkende maatregelen. Ook kan een lidstaat verzoeken om terugbetaling van zijn kosten’ (art. 15 lid 3). Het gaat hier niet om *verhaal* van kosten, maar slechts om een *verzoek*.⁷¹

Een vergelijkbaar resultaat is dus publiekrechtelijk niet voorhanden. Bovendien blijkt nergens dat het

De tweewegenleer staat niet in de weg aan grensoverschrijdend privaatrechtelijk kostenverhaal in de *Dommel*-casus

de bedoeling van de wetgever geweest is om met de afwezigheid van een publiekrechtelijke regeling de overheid in het geheel geen verhaalsmogelijkheden ter beschikking te doen staan. Daarmee zal niet snel sprake zijn van een onaanvaardbare door kruising en staat de tweewegenleer niet in de weg aan grensoverschrijdend privaatrechtelijk kostenverhaal in de *Dommel*-casus.

5 Conclusies

In een grensoverschrijdende civiele procedure tussen overheden treden complicaties op ten opzichte van het meer overzichtelijke geval van de *Kalimijnen*-zaak. De Nederlandse rechter is niet bevoegd wanneer hij zou concluderen dat de buitenlandse overheid zich terecht op de volkenrechtelijke immuniteit van jurisdictie beroept. Wanneer hij dit beroep zou verwerpen, zou hij weliswaar concluderen tevens bevoegd te zijn op grond van het internationaal privaatrecht, maar bestaat de kans dat de EEX-Verordening hierbij buiten toepassing blijft. Dat zou ertoe leiden dat een eventueel veroordelend

vonnis niet erkend zal worden in het buitenland en dat executie niet mogelijk is. Wel zal een bevoegde Nederlandse rechter ook Nederlands recht toepassen. Dat doet hij zowel op grond van de Wcod als op grond van de toekomstige Rome II-Verordening. Toepasselijkheid van die verordening is evenwel minstens zo problematisch als in het geval van de EEX-Verordening, maar heeft verder geen consequenties. Inhoudelijk kan gezegd worden dat een buitenlandse overheid zich vanzelfsprekend te houden heeft aan zijn eigen nationale recht en dat strijd daarmee onrechtmatigheid oplevert in de zin van art. 6:162 BW. Mogelijk heeft zij zich zelfs te houden aan het Nederlandse recht. In het licht van de gemeenschappelijke bron van deze nationale stelsels – de Europese waterrichtlijnen – is dit onderscheid echter minder relevant. De tweewegenleer staat verder niet in de weg aan grensoverschrijdend kostenverhaal.

Wat opvalt, is dat de belemmeringen die een eisende overheid tegenkomt telkens procedureel van aard zijn en te maken hebben met het feit dat zij een overheid is en geen particulier. Bovendien valt op dat het onderscheid tussen particulieren en overheden – en tussen privaatrechtelijk en publiekrechtelijk handelen – op verschillende momenten verschillend behandeld wordt. ‘Handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ is in de Rome II-Verordening hetzelfde als in de EEX-Verordening, met de toevoeging dat ook *acta iure imperii* niet voor toepasselijkheid in aanmerking komen. Of deze *acta* dezelfde zijn als in de EOIS is onwaarschijnlijk; wat ze dan wel zijn is onduidelijk. De Rome II-Verordening biedt hier echter een kans op meer duidelijkheid. Hopelijk leert toekomstige jurisprudentie op grond van deze verordening ons wat precies ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ is in een interstatelijke civiele milieuzak en wat we precies moeten verstaan onder *acta iure imperii*. Misschien kan de casus van De Dommel in dit licht wel eens een juridisch juweeltje worden.

66 Op grond van de Wet bodembescherming is wel kostenverhaal mogelijk, maar dat is privaatrechtelijk (art. 75 Wbb).

67 G. Betlem, *Civil Liability for Transfrontier Pollution. Dutch Environmental Tort Law in International Cases in the Light of Community Law*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1993, p. 347.

68 Zie in deze zin ook de conclusie van Bloembergen bij HR 22 oktober 1993, NJ 1995, 717, punt 5.3.

69 Richtlijn 2004/35/EG.

70 Bovendien is in de voorbeeldcasus van De Dommel verhaal op grond van de richtlijn onmogelijk, omdat een vergunningverlener die niet zelf de uiteindelijke schadeveroorzakende handeling uitvoert niet aangemerkt kan worden als een ‘exploitant’.

71 E.H.P. Brans, ‘De EU-Richtlijn Milieuaansprakelijkheid’, *Bouwwrecht* 2005, p. 26.