

De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico's voor de fysieke leefomgeving

Elbert de Jong & Michael Faure¹

In dit artikel betogen de auteurs dat het dogma waarin het strafrecht en (in mindere mate) het civiel recht als vangnet fungeren bij de bescherming van de fysieke leefomgeving verlaten moet worden. Het nadeel van dat systeem is namelijk dat ook bij grove gevallen van milieuverstoring, zelfs met concreet gevaar voor de menselijke gezondheid als gevolg, rechtsbescherming onder druk staat. Bepleit wordt om meer in te zetten op de autonomie van het privaatrecht en strafrecht, waardoor het mogelijk wordt in gevallen van ernstige milieuvervuiling publieke regulering aan te vullen en in sommige gevallen zelfs te 'overrulen'. Dat pleidooi heeft de nodige implicaties voor de aansprakelijkheidsrechtelijke en strafrechtelijke beoordeling en leidt tot verschillende vervolgvragen en uitdagingen.

1. Introductie

1.1. Falende regulering?

Wie is verantwoordelijk voor de bescherming van de fysieke leefomgeving? Het antwoord op die vraag luidt sinds jaar en dag dat bedreigingen voor de fysieke leefomgeving primair worden gereguleerd via de publiekrechtelijke weg. Het is echter tijd om bij de bescherming van de fysieke leefomgeving, met name in gevallen van ernstige vervuiling, meer gebruik te maken van de autonome rol van zowel het civiele als strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht.

De aanleiding voor ons betoog is gelegen in verschillende voorbeelden waarin de kwaliteit van de fysieke leefomgeving in bepaalde delen van Nederland (stevig) onder druk staat als gevolg van emissies van schadelijke stoffen die veroorzaakt worden door bedrijfsmatige activiteiten.

Die voorbeelden, waarvan wij hieronder een paar uitwerken, hebben vaak (ten minste) drie eigenschappen gemeen. Ten eerste dat de vervuilende activiteiten, naast schade aan het milieu, (ernstige) gezondheidsschade voor burgers (kunnen) veroorzaken. Ten tweede valt op dat met de vervuilende activiteiten vaak de voorschriften uit de

verstrekte vergunning (ogenschijnlijk) *niet* worden overschreden. De vervuiling is weliswaar schadelijk, maar vanuit publiekrechtelijke optiek legaal. In ernstige(re) gevallen zouden zelfs de toepasselijke publiekrechtelijke voorschriften worden overschreden, maar lijkt de handhaving tekort te schieten en vindt om verschillende redenen geen (tijdig) optreden plaats. De derde, en laatste te bespreken, eigenschap is dat door slachtoffers en belangengroeperingen verschillende pogingen worden ondernomen om, tegen de achtergrond van een in hun ogen falend publiekrecht, via het strafrecht dan wel het civiele recht de vervuilende actoren ter verantwoording te roepen. Dat doet men voor erkenning, genoegdoening of schadevergoeding voor het reeds aangedane leed, alsmede om met het oog op de toekomst de gewenste bescherming van de fysieke leefomgeving alsnog gestalte te geven.

Te wijzen valt op de problematiek in de IJmond waar omwonenden in vergelijking met andere gebieden in Nederland vaker gezondheidsklachten, chronische aandoeningen en ernstige ziekten, zoals kanker, hebben. Bovendien zijn in de regio kankerverwekkende stoffen aangetroffen die in het bijzonder schadelijk zijn voor kinderen.² Er bestaan sterke aanwijzingen – en wellicht is dit

nog te zacht uitgedrukt – dat de situatie wordt veroorzaakt door de emissie van schadelijke stoffen die het gevolg zijn van de bedrijfsmatige activiteiten van Tata Steel. Bij gebrek aan een in hun ogen adequaat optreden vanuit bestuursrechtelijke hoek trachten omwonenden inmiddels het strafrechtelijke instrumentarium in werking te stellen en op die manier de verantwoordelijken ter verantwoording te roepen.³ Recent liet het OM weten over te gaan tot een strafrechtelijk onderzoek tegen (de leidinggevenden van) Tata Steel. Het bedrijf liet ondertussen weten dat het de roep vanuit de gemeente en provincie om landelijk tot strengere regelgeving te komen oneerlijk vindt.⁴ Later beloofde het verbetering van de situatie, maar meldde daarbij ook dat die verbetering vrijwillig is omdat het bedrijf conform de afgegeven vergunningen zou handelen.⁵ En uit recentere berichtgeving bleek dat er, aldus het RIVM, meer schadelijke stoffen in de omgeving van IJmuiden zijn dan zou blijken uit de rapportage van Tata Steel.⁶ Veelzeggend is wat ons betreft ook dat pas na aanzienlijke publieke aandacht de Tweede Kamer tot de voor de hand liggende conclusie kwam dat het zo niet verder kan in de IJmond.⁷ Opvallend, en zorgelijk, is dat in dat Kamerdebat over deze casus niet de fundamentele vraag naar het functioneren van ons reguleringssysteem voor de fysieke leefomgeving naar voren kwam. Men lijkt de IJmond-problematiek, ten onrechte, als een op zichzelf staand probleem te beschouwen.

Dat is niet het geval. Inmiddels is de Onderzoeksraad voor Veiligheid een onderzoek gestart naar de wijze waarop de veiligheid van burgers in Nederland wordt beschermd tegen de risico's van soms jarenlange schade-

lijke industriële uitstoot en lozingen.⁸ Oorspronkelijk was het onderzoek beperkt tot de IJmond-regio, maar het is uitgebreid naar andere gebieden in Nederland. Vermeldenswaardig daarbij is dat de raad met name onderzoek agendeert naar veiligheidsvraagstukken die onvoldoende (publieke/politieke) aandacht krijgen, zich in een impasse bevinden of waar het noodzakelijk is dat lessen worden getrokken.⁹ Een ander voorbeeld dat aantoont dat de Tata Steel-problematiek niet op zichzelf staat: in 2016 werd bekend dat de teflonfabriek van DuPont (thans Chemours c.s.) in Dordrecht jarenlang te hoge concentraties van stoffen (PFAS) die op de Europese lijst van Zeer Zorgwekkende Stoffen staan heeft uitgestoten, mogelijk met nadelige gezondheidseffecten voor de omwonenden.¹⁰ Ook medewerkers zouden tijdens het werk stelselmatig zijn blootgesteld aan schadelijke stoffen: zo claimen vrouwelijke werknemers dat de blootstelling heeft geleid tot miskramen en doodgeboren kinderen. Er werd een strafrechtelijk onderzoek gestart naar het bedrijf met betrekking tot de uitstoot van de stoffen in de nabije omgeving.¹¹ Het OM zag in deze casus echter uiteindelijk af van strafrechtelijke vervolging, mede vanwege een gebrek aan bewijs. Inmiddels hebben de Gemeenten Dordrecht, Papendrecht, Sliedrecht en Molenlanden het bedrijf aansprakelijk gesteld voor de geleden schade door (onder meer) de grondverontreiniging.¹² Denk eveneens aan de gaswinningsproblematiek waar publiekrechtelijk toegestane gaswinningsactiviteiten al jarenlang nadelige effecten hebben op de kwaliteit van de leefomgeving in de Noordelijke provincies, en dan in het bijzonder Groningen.¹³

Opvallend, en zorgelijk, is dat in het Kamerdebat over deze casus niet de fundamentele vraag naar het functioneren van ons reguleringssysteem voor de fysieke leefomgeving naar voren kwam

Auteurs

1. Prof. mr. E.R. de Jong is hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder Verbintenissenrecht, aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law van de Universiteit Utrecht. Prof. dr. M.G. Faure is hoogleraar vergelijkend en internationaal milieurecht aan de Universiteit Maastricht en hoogleraar Comparative Private Law and Economics aan de Erasmus School of Law in Rotterdam. De auteurs danken Kasper Jansen voor zijn kritische opmerkingen op een eerdere versie van dit stuk.

Noten

2. C.M.A.G van Wiechen (ed.), *Geografisch patroon van kanker in de IJmond en omstreken*, RIVM: Bilthoven 2021; J.E.

Elberse (e.a.), *Tussentijdse resultaten Gezondheidsonderzoek in de IJmond*, RIVM: Bilthoven 2021. Overigens verscheen in 1995 al een eerste onderzoek naar de problematiek; A. Dusseldorp (e.a.), 'Associations of PM10 and airborne iron with respiratory health of adults living near a steel factory', *Am. J. Respir. Crit Care Med.* 1995/152, p. 1932-1939. Daarna volgden vanaf 2003 met enige regelmaat onderzoeken naar de thematiek van onder meer de GGD en het RIVM. Zie ook: <https://www.vereniging-ijmuiderstraatweg.nl/wp-content/uploads/2020/04/Overzicht-publicaties-IJmond.pdf>, alle websites zijn op 4 april 2022 voor het laatst geraadpleegd.

3. nos.nl/artikel/2381367-bijna-1100-omwonenden-en-acht-stichtingen-klagen-tata-steel-aan.

4. nlnieuws.nl/nieuws/284294/tata-steel-vindt-roep-van-provincie-om-strengere-regels-oneerlijk.

5. nos.nl/nieuwsuur/artikel/2382237-tata-steel-belooft-sneller-overlast-te-verminderen.

6. nos.nl/1/2413909.

7. *Kamerstukken II* 2020/21, 32813, nr. 86.

8. onderzoeksraad.nl/nl/page/18693/risico%E2%80%99s-omwonenden-door-uitstoot-industrie.

9. Zo parafraseren wij het protocol en de website van de raad. Zie voor dat protocol onderzoeksraad.nl/nl/media/inline/2019/6/12/onderzoeksprotocol_171113-4231162.pdf.

10. M.J. Zeilmaker (e.a.), *Risicoschatting emissie PFOA voor omwonenden*. Locatie: *DuPont/Chemours, Dordrecht, Nederland*.

RIVM: Bilthoven 2016.

11. nos.nl/artikel/2365904-geen-vervolg-chemiebedrijf-dupont-voor-miskramen-en-dodgeboren-baby-s.

12. Zie voor de dagvaarding: sliedrecht.nl/Nieuws_bekendmakingen/Nieuws/Nieuwsarchief/2021/April%3A2wCNM5ckRXSgHGt65mnXxw/Gemeenten_dagvaarden_Chemours_en_DuPont/Dagvaarding_Chemours_cs.pdf.

13. Zie voor een feitelijke weergave onder meer HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier (*Groninger veld*), r.o. 2.1.5 (vii) en A-G Wattel ECLI:NL:PHR:2019:49 in de conclusie onder 1.2.4 en 1.2.5.



© Benjamin van der Spek / Shutterstock

Veelzeggend is ook dat de Raad voor de Leefomgeving in 2020 concludeerde dat te vaak nog te hoge concentraties van schadelijke stoffen, zoals PFAS, in de fysieke leefomgeving worden aangetroffen.¹⁴ De noodkreet van de Raad is illustratief voor het probleem dat wij signaleren: niet zelden schiet het traditionele publiekrechtelijke reguleringskader tekort bij de regulering van schadelijke stoffen. Een belangrijke oorzaak hiervan is, aldus de Raad, gelegen in beperkingen in het publiekrechtelijke instrumentarium. De normstelling zou achterlopen op de ontwikkelingen in de praktijk, bijvoorbeeld omdat ontwikkelingen in de techniek zo snel gaan dat wetenschappelijke informatie over de risico's die ten grondslag liggen aan de regulering verouderd is. Eveneens zou, aldus de Raad, handhaving te vaak niet plaatsvinden. Dat is onder meer het geval omdat de normovertreding te onbeduidend wordt geacht. De Raad pleit, tegen deze achtergrond, voor meer aandacht voor het potentieel van het civiele aansprakelijkheidsrecht.

In breder verband zou men de thematiek ook kunnen relateren aan CO₂-uitstootveroorzakende activiteiten; die betreffen doorgaans voor het milieu en de fysieke leefomgeving gevaarlijke activiteiten die, tot op bepaalde hoogte, zijn toegestaan onder het publiekrechtelijke kader of vallen binnen de verstrekte vergunningen en de daarin opgenomen voorschriften. De klimaatzaak tegen *Shell*¹⁵ is net als de *Urgenda*-zaak¹⁶ een voorbeeld van succesvolle pogingen om via het civiele recht tot een betere bescherming van de fysieke leefomgeving te komen.¹⁷

Ofschoon de problematiek ook buiten Nederland speelt, beperken wij ons tot het Nederlandse recht. Toch is

het ter illustratie goed om te wijzen op een voorbeeld uit België. De afgelopen periode verschenen in Belgische media berichten over de (ernstige) gevolgen van vervuulende activiteiten door UMICORE in de regio Antwerpen, met onder meer ernstige gevolgen voor kinderen. Deze problemen zouden zelfs in 1970 al bekend zijn.¹⁸ Ook hier geldt: het bedrijf handelt conform de verleende vergunning en is daardoor lastig via de bestuursrechtelijke weg verantwoordelijk te houden. De vergunningsvoorschriften lijken evenwel sterk verouderd en achter te lopen op de thans geldende (wetenschappelijke) inzichten over toelaatbare blootstellingsniveaus.¹⁹

1.2. Kern en opbouw van deze bijdrage

De aangehaalde voorbeelden illustreren een weeffout in het reguleringssysteem dat een gezonde leefomgeving zou moeten waarborgen. Die weeffout komt er in essentie op neer dat zowel wat betreft de normstelling als de hand-

De aangehaalde voorbeelden illustreren een weeffout in het reguleringssysteem dat een gezonde leefomgeving zou moeten waarborgen

having van die normen, het primaat nog te sterk ligt bij publieke regulering. Men zou uiteraard naar voren kunnen brengen dat dit probleem primair dient te worden opgelost door het bestuursrechtelijke instrumentarium te verbeteren. Wij ontkennen niet dat via de bestuursrechtelijke weg ook tegenwicht kan worden geboden aan de hiervoor benoemde weeffouten. Illustratief is dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij verschillende dreigingen voor de fysieke leefomgeving, zoals gaswinning en stikstof, de overheid heeft teruggefloten.

Daarnaast drukt de nieuwe Omgevingswet uit dat overheden, bedrijven én burgers verantwoordelijk zijn voor een veilige en gezonde fysieke leefomgeving (zie artikel 1.6). Artikel 1.7 bepaalt bovendien dat een ieder die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat zijn activiteit nadelige gevolgen kan hebben voor de fysieke leefomgeving, verplicht is schadevoorkomende maatregelen te nemen, schadebeperkende maatregelen te nemen of zelfs de gehele activiteit achterwege te laten. In de memorie van toelichting wordt echter de verwachting uitgesproken dat deze zorgplicht van beperkte betekenis zal zijn, en dat deze met name als vangnet en vanwege zijn signaalfunctie is opgenomen.²⁰ Voor ons betoog is van belang dat deze bepalingen zien op niet-gereguleerde activiteiten. Immers, artikel 1.8 bepaalt dat aan de zorgplicht in ieder geval is voldaan, voor zover bij wettelijk voorschrift of besluit specifieke regels zijn gesteld met het oog op de doelen van de wet, en die regels worden nageleefd. De handhaving vindt plaats via de bestuursrechtelijke weg, en het is maar de vraag of, en zo ja welke, zelfstandige betekenis toekomt aan de zorgplicht in privaatrechtelijke geschillen. Strafrechtelijke handhaving wordt uitgesloten.²¹ Later is nog ingevoerd artikel 1.7a (als onderdeel van de implementatie van de richtlijn milieustrafrecht) dat bepaalt dat het verboden is om een activiteit te verrichten of na te laten als door het verrichten of nalaten daarvan aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving ontstaan of dreigen te ontstaan. Het artikel bevat een strafrechtelijk handhaafbaar verbod om een activiteit te verrichten of na te laten als daardoor aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving ontstaan of dreigen te ontstaan. Ook hier geldt, aldus de memorie van toelichting, dat deze bepaling met name in beeld komt als voor de vervuulende activiteit geen specifieke regels zijn gesteld.²² In par. 4.3 komen wij kort terug op deze bepaling.

Hoewel in de nieuwe omgevingswet dus kleine stappen in de goede richting worden gezet menen wij dat het tijd is om niet uitsluitend in te zetten op verbetering van het bestuursrecht. Onzes inziens dient het potentieel dat het civiele aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht bie-

den voor de bescherming van de fysieke leefomgeving meer tot wasdom te komen. In beide systemen zijn voldoende aanknopingspunten aanwezig om ze een autonome(re) rol, d.w.z. een meer van het publiekrecht losstaande rol, te laten vervullen. Dit idee is gebaseerd op het uitgangspunt dat bij grove milieuverstoring met gevaar voor de openbare gezondheid of zelfs concrete gezondheidsschade als gevolg (zoals de hiervoor aangehaalde voorbeelden) het privaatrecht én het strafrecht bescherming kunnen verlenen, ook wanneer de emissies onder dekking van een rechtmatig verleende vergunning plaatsvinden. Door meer in te zetten op deze autonome rol kunnen beide rechtsgebieden als belangrijk correctiemechanisme fungeren op (de faalfactoren die zich voordoen bij) publieke regulering. Het kernidee daarbij is dat enerzijds de beperkingen van de verschillende mechanismen worden onderkend en anderzijds door meer de nadruk te leggen op hun autonomie de verschillende systemen elkaar 'prikkel en aanvullen'.

In deze bijdrage gaan wij nader in op deze autonome rol van het civiel en strafrecht. Daarbij beperken wij ons tot het potentieel van beide rechtsgebieden op het vlak van de normering van (ernstige) risico's voor de fysieke leefomgeving.

Allereerst bespreken wij dat de bestuursrechtelijke route van regulering van risico's bepaalde *structurele* faalfactoren kent die met zich kunnen brengen dat het bestuursrecht in de praktijk tekortschiet in het beschermen van de fysieke leefomgeving (par. 2). Daar bespreken we ook dat de mate van autonomie van het civiele en strafrecht afhangt van de mate van administratieve afhankelijkheid van beide rechtsgebieden. Die afhankelijkheid brengt in het strafrecht met zich dat onrechtmatig handelen eigenlijk niet wordt aangenomen wanneer het gewraakte handelen conform een (rechtmatige verleende) vergunning geschiedt. In het civiele recht zien we dat de administratieve afhankelijkheid weliswaar minder sterk aanwezig is (met name bij aansprakelijkheid van private actoren opereert dat rechtsgebied autonoom) maar ook daar legt een vergunning wel degelijk gewicht in de schaal en kan dus meer worden ingezet op de autonome rol van dat rechtsgebied.

Het gevolg van te veel administratieve afhankelijkheid is immers dat mogelijke weeffouten in het bestuursrecht als het ware doorwerken in de andere twee rechtsgebieden, hetgeen uiteindelijk tot een hiaat in de rechtsbescherming kan leiden. In de daaropvolgende paragrafen bekijken wij in welke mate het civiele (par. 3) en het strafrecht (par. 4) worden gekenmerkt door administratieve afhankelijkheid. Onzes inziens zijn in beide rechtsgebieden de nodige haakjes aanwezig om tot een

14. Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur (RLI), *Greep op gevaarlijke stoffen*, RLI, 2020.

15. Rb. Den Haag, 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

16. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ 2020/41*, m.nt. J. Spier (*Urgenda*).

17. Zie al eerder in deze context:

L. Enneking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', *NJB 2014/23*, afl. 23, p. 1542-1551.

18. Pano-uitzending, VRT 1, 17 maart 2021, beschikbaar op: vrt.be/vrtnws/nl/2021/03/12/de-kinderen-van-de-rekening/.

19. En eerder berichtte de NRC dat de lucht boven de gemeente Eijsden (Zuid-Limburg)

ernstig is vervuild, hetgeen zou zijn veroorzaakt door de activiteiten van verschillende bedrijven die net over de grens in België zijn gelokaliseerd. Ook hier zou de *status quo* van vervuulende bedrijfsmatige activiteiten moeilijk te doorbreken zijn. In dit voorbeeld speelt daarbij ook de grensoverschrijdende problematiek een belangrijke rol. Wij laten die in deze bijdrage buiten beschouwing.

Zie nrc.nl/nieuws/2021/04/28/vervuilers-omringen-grensdorp-eijsden-wie-doet-er-wat-aan-a4041701.

20. *Kamerstukken II 2013/14*, 33963, nr. 3, p. 66 en 67.

21. *Kamerstukken II 2013/14*, 33963, nr. 3, p. 71.

22. *Kamerstukken II 2017/18*, 34986, nr. 3, p. 57-58 en p. 131-138.

Het gevolg van te veel administratieve afhankelijkheid is dat mogelijke weeffouten in het bestuursrecht als het ware doorwerken in de andere twee rechtsgebieden, hetgeen uiteindelijk tot een hiaat in de rechtsbescherming kan leiden

autonomere rol van beide systemen bij de bescherming van de fysieke leefomgeving te komen. De vervolgvraag is dan wel hoe ver die autonomie strekt en hoe die concreet in de praktijk kan worden gebracht (par. 5). Wij sluiten daarom af met vervolgvragen die naar voren komen bij het concretiseren van het door ons voorgestelde autonome opereren van beide systemen (par. 6).

2. Primaat van het bestuur

2.1. Administratieve afhankelijkheid

Algemeen aanvaard is dat de verantwoordelijkheid om bedreigingen voor de fysieke leefomgeving te reguleren primair bij de wetgever en het bestuur ligt.²³ De gedachte daarachter is dat het bestuur beter dan de rechter in staat is om tot een adequate regulering van bedreigingen voor de fysieke leefomgeving te komen. Zo beschikt het bestuur over de benodigde expertise om generieke normen te stellen voor complexe materie als de uitstoot van stoffen, althans kan het aan die expertise komen, bijvoorbeeld door zich te laten informeren door kennisinstellingen zoals het RIVM. Ook zou het beter in staat zijn om te komen tot een adequate afweging van de verschillende en vaak botsende maatschappelijke belangen die op het spel staan. Tot slot zou het bestuur beter in staat zijn om proactief handhavend op te treden tegen bedreigingen voor de fysieke leefomgeving.

De ruimte die er is voor het civiele en strafrecht om een rol te spelen bij (ernstige) bedreigingen voor de fysieke leefomgeving, wordt bepaald door de mate van administratieve afhankelijkheid van beide rechtsgebieden. Hiermee wordt bedoeld op de mate waarin de civielrechtelijke en strafrechtelijke materiële normen die bepalen hoe dient te worden omgegaan met mogelijk ernstige gezondheidsrisico's voor de fysieke leefomgeving, worden ingevuld door het relevante toepasselijke bestuursrechtelijke kader. Een hoge mate van administratieve afhankelijkheid brengt met zich dat uitstootvoorschriften die via de bestuursrechtelijke weg op juiste wijze tot stand zijn gekomen in het civiele en strafrecht in beginsel ook navolging krijgen. Een lage mate van administratieve afhankelijkheid betekent meer autonomie voor de rechtsgebieden, en dus minder invloed van bijvoorbeeld uitstootvoorschriften. Tekenend voor de afhankelijkheid in het strafrecht is het volgende citaat uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 173a en 173b Sr: 'de overheid tone tegenover de burger één gelaat. Het kan niet zo zijn dat wat de milieu-autoriteiten toestaan langs strafrechtelijke weg wordt verboden.'²⁴

In par. 4 gaan we hier nader op in. Hoewel het civiele recht minder administratief afhankelijk is dan het strafrecht, ziet men ook in dat rechtsgebied uitwerkingen van dit idee bij de leer van de formele rechtskracht en de

mogelijke vrijwarende werking van een vergunning (zie nader par. 3).

Met deze administratieve afhankelijkheid wordt beoogd om de eenheid van het rechtssysteem te bewaken en – de daarmee verband houdende – rechtszekerheid te bieden aan degene die onderworpen is aan bestuursrechtelijke voorschriften. Dat is echter één kant van het verhaal. Zoals we in de volgende subparagraaf bespreken, kent de bestuursrechtelijke weg verschillende structurele faalfactoren die ertoe kunnen leiden dat ondanks dat aan alle (procedurele) bestuursrechtelijke eisen is voldaan, een vergunde activiteit toch ernstige gezondheids- en milieurisico's met zich brengt. Bij een hoge mate van administratieve afhankelijkheid werken de fouten in de publiekrechtelijke regulering ook door in het civiele en strafrecht. Dat heeft als ultieme consequentie dat de rechtsbescherming van degenen die ernstige risico's lopen als gevolg van die vergunde activiteiten onder druk komt te staan.²⁵ Juist daarom is het van belang dat gebruik wordt gemaakt van de autonome rol die beide rechtsgebieden kunnen vervullen.

2.2. Faalfactoren

Het reguleringsproces is blootgesteld aan verschillende (faal)factoren die kunnen leiden tot wat men in het Engels noemt *regulatory failures*.²⁶ Hiermee wordt bedoeld op de situatie dat een bedreiging voor de fysieke veiligheid onvoldoende wordt gereguleerd. Zo'n (vermeend) falen doet zich bijvoorbeeld voor wanneer niet wordt gehandhaafd op gebleken overtredingen van de geldende normen.²⁷ Belangrijker voor deze bijdrage is dat een falen zich ook voordoet wanneer de regulering uitgaat van een te laag beschermingsniveau. In de rechtseconomische en *risk governance*-literatuur worden (onder meer) de verschillende factoren genoemd die op ongewenste wijze het reguleringsproces beïnvloeden en kunnen leiden tot zo'n falen, in die zin dat van de regulering een lager beschermingsniveau uitgaat dan wanneer die factoren zich niet zouden hebben voorgedaan.²⁸

Toegang tot het bestuur: in de literatuur wordt als uitgangspunt genoemd dat naast degene die onderworpen is aan de regulering, degenen wier belangen worden geschaad in geval van een *regulatory failure* voldoende vertegenwoordigd dienen te zijn in het totstandkomingsproces.²⁹ Concreet betekent dit dat zowel de stem van de uitstotende bedrijven als van degenen (veelal de omwonenden) die risico's lopen door die uitstoot voldoende wordt gehoord. Er bestaat evenwel het gevaar dat de toegang tot het bestuur in de praktijk ongelijk verdeeld is, met als gevolg dat bepaalde partijen (lees: veelal degenen die de negatieve effecten van een *regulatory failure* onderkennen) onvoldoende vertegenwoordigd (of anderen juist te goed vertegenwoordigd) zijn. Hiermee hangt samen het

gevaar van *capture*, waarmee wordt bedoeld op de mogelijkheid dat in het reguleringsproces met name het belang van de partij die wordt gereguleerd leidend is en niet het algemene belang. De mogelijkheid dat *capture* zich voordoet, houdt nauw verband met de mate waarin er sprake is van *rent seeking behavior*, waarmee wordt bedoeld op het gegeven dat bepaalde actoren het beschermingsniveau in voor hen gunstige zin beïnvloeden in ruil voor politieke (en/of) financiële steun. Zulk gedrag kan zich in het bijzonder voordoen wanneer de (financiële) drempels om daartoe over te gaan laag zijn, en de kosten voor niet-betrokken partijen om *rent seeking* gedrag te ontdekken hoog zijn.³⁰

De kwaliteit en beschikbaarheid van informatie: betrouwbare en volledige informatie over onder meer de toepasselijke risico's, de mogelijk te nemen voorzorgsmaatregelen, de effectiviteit daarvan en de impact van de regulering op andere (publieke) belangen, is cruciaal om te komen tot adequate regulering. Als de beschikbare informatie evenwel niet voldoende adequaat is, kan het ertoe leiden dat de vergunde activiteiten de facto tot veel meer schade leiden dan destijds (bij afgifte van de vergunning) was voorzien.

Een faalfactor in dit verband is ten eerste gelegen in het bestaan van een informatie-asymmetrie tussen enerzijds de gereguleerde industrie die vaak de benodigde

expertise en informatie heeft en anderzijds het bestuur dat deze informatie mist, maar wel nodig heeft om te komen tot regulering. Deze afhankelijkheid van het bestuur kan ertoe leiden dat de normstelling wordt gebaseerd op 'gekleurde informatie'.³¹ Veelzeggend is dat het bedrijf 3M jarenlang informatie achter zou hebben gehouden over de lozing van PFAS in de Westerschelde.³² Eveneens kan het gevaar van *capture* in combinatie met het hiervoor benoemde *rent seeking behavior* de kwaliteit van de beschikbare informatie ondermijnen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer bepaalde – economische – belangen (te) leidend zijn bij het formuleren van de vraagstelling die ten grondslag ligt aan de informatievergaring door het bestuur.

Een tweede faalfactor die gerelateerd is aan de kwaliteit van beschikbare informatie is het gevaar dat bij de normstelling wordt uitgegaan van op zichzelf genomen betrouwbare maar verouderde informatie over risico's.³³ Juist omdat de techniek snel evolueert, bestaat er een kans dat de informatie waarop een vergunning is gebaseerd, is verouderd.³⁴ Veelzeggend is het voorbeeld van Umicore in Antwerpen waar de normstelling nog was gebaseerd op inzichten over veilige blootstellingsniveaus uit de jaren zeventig van de vorige eeuw.³⁵ Deze faalfactor kan zich aandienen vanwege een gebrek aan prikkels voor bedrijven en het bestuur om naast de al beschikbare ken-

Als de beschikbare informatie niet voldoende adequaat is, kan het ertoe leiden dat de vergunde activiteiten de facto tot veel meer schade leiden dan bij afgifte van de vergunning was voorzien

23. Mede op grond van internationale en nationale regelgeving en daaruit voortvloeiende algemeen aanvaarde beginselen zoals het voorzorgsbeginsel, het preventiebeginsel en het beginsel 'de vervuiler betaalt', heeft de overheid de verplichting ervoor te zorgen dat gezondheids- en milieurisico's van bedrijfsmatige activiteiten voor de fysieke leefomgeving worden teruggebracht tot een aanvaardbaar niveau. Vgl. art. 21 Grondwet, art. 191 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en art. 2 en art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Zie over dit mensenrechtelijke aspect eveneens E.C. Gijssels & E.R. de Jong, 'Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid', *NTBR* 2016/6, afl. 2, p. 36-45.

24. *Kamerstukken II 1984/85*, 19020, nr. 3, p. 13.

25. Iets wat overigens in de rechtspraak ook wordt erkend. Zie hieronder par. 3.2 bij voorbeeld.

26. Deze term vormt een vertaling van de in de internationale literatuur gangbare term: *regulatory failures*. en/of *regulatory gaps*. Zie over 'government failure' B. Orbach, 'What is government failure', *Yale Journal on Regulation Online*, 2013/30; Luff hanteert de term 'regulatory gaps'. Dit zijn volgens hem 'differences between governmentally provided and socially demanded levels of regulation'. Zie P. Luff, *The Political Economy of Court-Based Regulation*, 2015, p. 12 (te raadplegen via SSRN). Zie ook M.G. Faure, 'The complementary roles of liability, regulation and insurance in safety management: theory and practice', *Journal of Risk Research* 2014, 17(6), p. 694.

27. Vgl. W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, afl. 34, p. 1678-1679, die een onderscheid maken tussen regelgevingsfalen, algemeen toezichtsfalen en concreet toezichtsfalen.

28. M.G. Faure, 'The complementary roles of liability, regulation and insurance in safety management: theory and practice', *Journal of Risk Research* 2014, 17(6), p. 694; M.G. Faure & R.A. Partain, *Environmental Law and Economics. Theory and Practice*, CUP 2019, onder meer hfdst. 2. Zie eveneens L.F.H. Enneking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', in: *NJB* 2014/1136, afl. 23, p. 1542-1551.

29. J. Stiglitz, 'Regulation and Failure', in: D. Moss & J. Cisterino (eds.), *New Perspectives on Regulation*, The Tobin Project: Cambridge MA 2009, p. 1-23, p. 19.

30. Faure & Partain 2019, p. 192-193.

31. De Stichting Advisering Bestuursrecht-spraak kan hier overigens een corrigerende rol spelen. Zie daarover C. Backes, 'Organizing Technical Knowledge in Environmental and Planning Law Disputes in the Netherlands – the Foundation of Independent Court Experts in Environmental and Planning Law', *European Energy and Environ-*

mental Law Review, 2018, p. 143-151.

32. Zo stelt Ben Vollaard: milieurecht.nl/nieuws/het-3m-milieuschandaal-klaar-voor-de-volgende-verrassing.

33. Zie bijvoorbeeld het in par. 1.2 aangehaalde rapport van de Raad voor de Leefomgeving en Infrastructuur.

34. Hiermee bedoelen wij uiteraard niet te zeggen dat dit altijd het geval is. Sommige voorschriften worden bijvoorbeeld periodiek herzien.

35. Zie daarover onder meer Umicore, Hoboken, the ecological debt of an industrial plant, Belgium (18 augustus 2019), EJATLAS, ejatlas.org/conflict/umicore-hoboken-the-ecological-debt-of-an-industrial-plant-belgium en Un nouveau pic de pollution mesuré près de l'entreprise Umicore (17 september 2020), beschikbaar op: lible.be/dernieres-depeches/belga/un-nouveau-pic-de-pollution-mesure-pres-de-l-entreprise-umicore-5f6301fb7b50a677fb9620b8.

nis, nadere kennis en inzichten te vergaren. Maar het kan ook samenhangen met financiële en beleidsmatige overwegingen: soms wordt nader onderzoek bijvoorbeeld te kostbaar geacht of wordt de focus van het onderzoek deels beïnvloed door de belangen van de financier.³⁶

De weging van andere belangen dan gezondheids- en/of milieubelangen: bescherming van de fysieke leefomgeving kan op gespannen voet staan met andere maatschappelijke belangen die gediend zijn met de vervuilende activiteit, zoals de beschikbaarheid en betaalbaarheid van bepaalde producten en diensten en de werkgelegenheid. Dit zijn uiteraard valide (maatschappelijke) belangen die bij de totstandkoming van de regulering betrokken (moeten) worden. Een risico is evenwel dat in deze belangenafweging het belang van een veilige fysieke leefomgeving te veel naar de achtergrond verdwijnt. Illustratief is dat de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OvV) in 2015 concludeerde dat het beleid ten aanzien van gasboringen lange tijd met name gericht was op het behartigen van de economische belangen en dat het veiligheidsbelang onvoldoende aandacht kreeg in de besluitvorming over gasboringen.³⁷ Deze disbalans in de belangenafweging kan zich met name voordoen wanneer, zoals vaak het geval is in dit soort kwesties, de inspanningen om de fysieke leefomgeving te beschermen (in financiële zin) direct voelbaar zijn, bijvoorbeeld omdat kosten worden gemaakt en economische voordelen worden gemist, terwijl de resultaten van die inspanning (lees: het voorkomen van een aantasting van de fysieke leefomgeving) zich pas aandienen op lange(re) termijn en bovendien in veel gevallen niet direct zichtbaar en tastbaar zijn. Dit kan ook met zich brengen dat veiligheidsrisico's voor lange tijd niet als zodanig worden erkend. De OvV concludeerde bijvoorbeeld dat het aardbevingsrisico tot 2012 niet als een veiligheidsrisico werd gezien, maar als een kwestie van economische schade. De gevolgen van de gaswinning, en een gebrek aan tijdige en adequate regulering, zullen voor de Groningers nog jaren merkbaar zijn. Veelzeggend is dat de Inspecteur-Generaal van het Staatstoezicht op de Mijnen recentelijk nog de verwachting uitsprak dat er nog jarenlang aardbevingen zullen plaatsvinden in Groningen.³⁸

3. Autonomo aansprakelijkheidsrecht

3.1. Introductie

In de literatuur is er al geruimere tijd aandacht voor het potentieel van het aansprakelijkheidsrecht om te komen tot een betere bescherming dan geboden wordt door het publiekrechtelijke kader.³⁹ De afgelopen jaren is de civiele rechter bij verschillende gelegenheden ook daadwerkelijk gevraagd om te beoordelen of er in civielrechtelijke zin sprake is van een falen om bedreigingen voor de fysieke leefomgeving adequaat te reguleren. Het betreft hier procedures tegen zowel publieke als private actoren. In beide gevallen opereert het civiele recht autonoom.⁴⁰

3.2. Afzwakking van de leer van de formele rechtskracht

In procedures tegen de overheid is de afgelopen jaren met name onder invloed van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) de autonome rol die het civiele recht kan spelen bij het beschermen van de

fysieke leefomgeving duidelijk geworden.⁴¹ In het bijzonder zijn de (recente) ontwikkelingen op het gebied van de leer van de formele rechtskracht van belang. Die leer brengt met zich dat als een (overheids)besluit in bestuursrechtelijke zin onaantastbaar is geworden, bijvoorbeeld omdat daartegen geen beroep is ingesteld terwijl dit wel mogelijk was, de civiele rechter uit dient te gaan van de rechtmatigheid van dat besluit. De gedachte achter die leer is dat voorkomen dient te worden dat over hetzelfde feitencomplex door de bestuurs- en de civiele rechter verschillend wordt geoordeeld (rechtseenheid) en dat men – het bestuur en belanghebbenden – op den duur erop moet kunnen vertrouwen dat het besluit rechtmatig is (rechtszekerheid). De leer lag al langer vanuit mensenrechtelijke hoek onder vuur omdat zij de rechtsbescherming bij potentiële mensenrechtenschendingen te veel onder druk zou zetten.⁴² Uit artikel 2, 3 en 8 EVRM vloeit voor de overheid de (positieve) verplichting voort om een schending van de door die artikelen beschermde rechten te voorkomen. Een onderdeel van deze positieve verplichtingen, in combinatie met artikel 13 EVRM, is eveneens dat de verdragsstaten dienen te voorzien in een effectief rechtsmiddel in geval van (vermeende) schendingen. Indien sprake is van een (vermeende) schending van onder meer artikel 2, 3 en 8 EVRM, kan de leer van de formele rechtskracht op gespannen voet staan met dit uitgangspunt. Daarom is wel betoogd dat de leer in die gevallen buiten toepassing behoort te blijven.⁴³

Tot voor kort werd nog strak de hand gehouden aan de leer van de formele rechtskracht,⁴⁴ maar inmiddels heeft de Hoge Raad in zijn prejudiciële antwoorden over *Gaswinning Groningen* de leer afgezwakt.⁴⁵ In die procedure lag onder meer de vraag voor of een instemmings- en/of wijzigingsbesluit (zoals bedoeld in Mijnbouwwet artikel 34, lid 3) waartegen een bestuursrechtelijke rechtsgang openstond, maar waartegen door de gelaedeerde geen beroep is ingesteld, in de weg staat aan een zelfstandige beoordeling door de burgerlijke rechter van de aansprakelijkheid van de Staat voor de gevolgen van gaswinning.⁴⁶ Van belang daarbij is dat de Hoge Raad, in antwoord op vraag 3, aangeeft hoe dient te worden bepaald of sprake is van een schending van artikel 2 en/of 8 EVRM, alsmede dat vaststaat dat vanaf 1 januari 2005 in ieder geval aan het kennisvereiste (een van de elementen om te bepalen of sprake is van een positieve verplichting) is voldaan.⁴⁷ Daarmee is al een belangrijke stap gezet richting de vaststelling dat sprake is van een schending van artikel 2 en 8 EVRM. In antwoord op vraag 4, die gaat over de leer van de formele rechtskracht, overweegt de Hoge Raad vervolgens dat een wettelijke bepaling (in casu artikel 34 lid 3 Mijnbouwwet) die deze aantasting rechtmatig doet zijn, op grond van artikel 94 Grondwet onverbindend is.⁴⁸ Vervolgens komt de Raad tot het oordeel dat, zo parafraseren wij, indien voor een activiteit toestemming van de overheid is vereist, de overheid die deze toestemming verleent onderzoek moet doen naar mogelijke risico's voor personen en zaken die gemoeid zijn met die activiteit, deze risico's naar behoren moeten worden betrokken in de belangenafweging en de uiteindelijke beslissing. Ook dient te worden gewaarborgd dat de toegestane activiteit uitgevoerd wordt zonder wezenlijke risico's voor personen en zaken. Indien aan het voor-

gaande niet is voldaan, dan kan die derde vervolgens niet op grond van de leer van de formele rechtskracht tegenwerpen krijgen dat hij/zij geen beroep heeft ingesteld tegen het besluit. 'Dat zou immers onaanvaardbaar tekortdoen aan een behoorlijke rechtsbescherming van die derde', aldus de Hoge Raad.⁴⁹ De opening die de Hoge Raad hier biedt is, in deze procedure, voor een belangrijk deel toegespitst op het beperkte afwegingskader van de Mijnbouwwet. Vanwege dat beperkte afwegingskader is volgens de Hoge Raad niet uitgesloten dat, ondanks een zorgvuldige besluitvorming in bestuursrechtelijke zin, toch sprake is van onrechtmatig handelen jegens omwonenden voor het overige. Toch menen wij dat de ratio achter dit oordeel breder kan worden getrokken. Men kan bijvoorbeeld betogen dat van wezenlijke risico's in ieder geval sprake is indien de toegestane activiteit leidt tot een schending van artikel 2, 3 en/of 8 EVRM.

Deze afzwakking vormt een belangrijke – eerste – stap richting een autonoom aansprakelijkheidsrecht.⁵⁰ Zij brengt allereerst met zich, zo brengt de Hoge Raad eveneens tot uitdrukking, dat van een derde niet wordt verlangd dat hij of zij via de bestuursrechtelijke weg, proactief, dient te onderzoeken of met een overheidsbesluit onaanvaardbare risico's voor zijn leefomgeving zijn gemoeid. Hij mag erop vertrouwen dat dit niet het geval is. Ten tweede is het goed denkbaar dat eenzelfde gedachtegang wordt gevolgd bij andere activiteiten die de fysieke leefomgeving bedreigen en een bedreiging vormen voor

Deze afzwakking vormt een belangrijke stap richting een autonoom aansprakelijkheidsrecht

de door artikel 2, 3 en/of 8 EVRM beschermde rechten.⁵¹ Ten slotte, zo stippen verschillende auteurs aan, is deze afzwakking met name van belang wanneer sprake is van (vermeende) onrechtmatige handelingen over een langere periode en waarin verschillende (toestemmings-)besluiten zijn genomen.⁵²

3.3. De betekenis van een vergunning bij aansprakelijkheid van private actoren

In kwesties over aansprakelijkheid van private actoren was het al langere tijd evident dat het aansprakelijkheidsrecht in belangrijke mate autonoom opereert. Zo heeft de civiele rechter zich bij verscheidene gelegenheden bereid getoond om indirect de 'gaten' te vullen die voortvloeit(d)en uit een gebrek aan overheidsregulering ten aanzien van het litigieuze risico, bijvoorbeeld door op grond van het ongeschreven recht zorgplichten aan te nemen.⁵³ Deze rol heeft de civiele rechter niet alleen gespeeld bij gezondheids- en milieurisico's, maar bijvoorbeeld ook in de context van financiële risico's.⁵⁴ Uit die

36. Zie voor een dergelijk verwijt nos.nl/artikel/2403275-rivm-verzweeg-invloed-sector-op-onderzoek-naar-gezondheidsrisico-s-windmolens. Of dit verwijt terecht is, kunnen wij overigens niet beoordelen.

37. Onderzoeksraad voor Veiligheid, Aardbevingrisico's in Groningen. Onderzoek naar de rol van veiligheid van burgers in de besluitvorming over de gaswinning (1959-2014), Den Haag 2015, p. 88.

38. nos.nl/artikel/2405819-staatstoezicht-nog-jarenlang-aardbevingen-in-groningen.

39. Zie bijvoorbeeld, maar zeker niet uitputtend, E.R. de Jong, M.G. Faure, I. Giesen & P. Mascini, 'Judge-made Risk Regulation and Tort Law: An Introduction', *European Journal of Risk Regulation*, 2018/1, p. 6-13 en het daarbij behorende special issue.

40. Zie ook: G. Snijders, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht* (preadvies VASR), 2021, p. 18, die betoegt dat ons recht 'niet enigerlei vorm van een primaat' van privaatrecht kent. W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt*, Boom 2021, p. 223 e.v., die bij wijze van denkoefening uitgaat van exclusiviteit van publiekrechtelijke respectievelijk privaatrechtelijke regulering om op p. 226 te signaleren dat volgens het 'geldend recht' het privaatrecht 'altijd als vangnet aanwezig' is.

41. *Urgenda* geeft een krachtig voorbeeld

van de betekenis van het EVRM in gevallen van ernstige milieuovertreiniging. Zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier

42. Zie in dit blad onder meer C. Drión, 'Verongelukken in het recht', *NJB* 2017/308, afl. 6; T. Barkhuysen, 'Billijker bestuursrecht met minder formele rechtskracht', *NJB* 2019/2415, afl. 39.

43. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor de Enschedese Vuurwerkramp', *NTM/NJCM-Bulletin* 2004, p. 698-722, p. 716-717; G.E. van Maanen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrektoezicht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2007/4, p. 127-140, p. 138; G.E. van Maanen, 'Deel 1. De impact van het EVRM op het privaatrecht', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 9-71, p. 51-52; E.C. Gijsselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Boom juridisch 2021, p. 141-144.

44. Zo bleek bijvoorbeeld uit HR 20 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:58. Zie al eerder kritisch hierover in dit blad naast de in par. 3.1 genoemde literatuur bijvoorbeeld, T. Kortmann, 'Formele rechtskracht tien jaar na "Delisea"', *NJB* 2016/1343, afl. 27. Zie ook G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten', *NJB* 2004, afl. 15, p. 792 die

pleit voor een afzwakking van de leer van de formele rechtskracht in schadevergoedingskwesties.

45. Zie voor een kritische bespreking van de implicaties van de antwoorden op het gebied van de leer van de formele rechtskracht B.J.P.G. Roozendaal, 'De prejudiciële besissing van de Hoge Raad aardbevingsschade Groningen', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2019/58, p.117-123. Positiever zijn D. Sanderink & R. Schlössels, 'Slaat de Hoge Raad nieuwe bressen in het bastion van de formele rechtskracht?', *NJB* 2019/2694, afl. 43.

46. Overigens dient de minister in zijn instemmingsbesluit art. 2 en 8 EVRM art. 1 van Protocol 1 bij het EVRM te betrekken. Zie ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, *AB* 2016/82, m.nt. Bröring en Brouwer, *JB* 2015/218, m.nt. Schlössels en Sanderink.

47. Zie Rb. Noord-Nederland, 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, *JA* 2017/88, m.nt. F.I. van Dorsser.

48. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, *NJ* 2020/391, m.nt. J. Spier, r.o. 2.8.5.

49. R.o. 2.8.6. Hierbij speelt ook een rol dat een deel van de omwonenden/gelaedeerden nog niet woonde in het gebied ten tijde van de besluitneming.

50. Ook voor reeds genomen besluiten kan de opening in *Gaswinning Groningen* impli-

caties hebben. Zo noteert Barkhuysen dat 'bestuursorganen en rechters zich in al eerder afgesloten procedures moeten buigen over de vraag of een bepaald besluit al dan niet toch moet worden herzien of dat er schadevergoeding moet worden betaald', *NJB* 2019/2415, afl. 39.

51. Zie eveneens Sanderink & Schlössels 2019.

52. Zie over deze thematiek in het algemeen: T.N. Sanders, 'Liever rechtszekerheid dan rechtvaardigheid? De formele rechtskracht bij ketenbesluitvorming in het bestuursrecht', in: J.E.M. Polak, T.N. Sanders, B.J.P.G. Roozendaal & M. Reneman, *De toekomst van de formele rechtskracht* (Preadviezen VAR), Boom juridisch 2019, p. 72-134.

53. Zie in het bijzonder HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9376, *NJ* 1990/573, m.nt. P.A. Stein (*Janssen/Nefabas*); HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993/686, m.nt. P.A. Stein (*Cijsouw*); HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3290, *NJ* 2006/147, m.nt. C.J.H. Brunner (*Hertel/Van der Lugt*); HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, *NJ* 2009/103, m.nt. I. Giesen (*Eternit/Horsting*).

54. Zie hierover bijvoorbeeld W.H. van Boom, *Privaatrecht en Markt*, Boom juridisch 2020, p. 210-212.

rechtspraak kan men opmaken dat het civiele recht een belangrijke rol te spelen heeft in die gevallen waarin het publiekrecht 'niet thuis' geeft. Dat geldt ook indien de gewraakte gedraging maatschappelijk wordt geaccepteerd, nuttig wordt geacht of zelfs (van overheidswege) wordt gestimuleerd. Dat gegeven legt weliswaar (beperkt) gewicht in de schaal, maar staat niet eraan in de weg dat de maatschappelijk nuttige en gewenste gedraging tóch een onrechtmatig handelen jegens de gelaedeerden kan opleveren (vgl. ook artikel 6:168 BW).⁵⁵ Illustratief in dit verband is een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden waarin het maatschappelijke belang dat met de vergunde gaswinningsactiviteit wordt gediend erkent, maar ook oordeelt dat dat belang niet aan de conclusie dat sprake is van onrechtmatige hinder in de weg staat. En ook valt te wijzen op het oordeel in de *Shell*-zaak dat er in belangrijke mate op neerkomt dat de (maatschappelijke) kosten van niet-handelen dusdanig hoger zijn dan de (maatschappelijke) opbrengsten van de CO₂-uitstootveroorzakende gedragingen, dat het maatschappelijke belang dat wordt gediend met deze activiteiten de aangesprokene niet ontslaat van de verplichting om maatregelen te treffen.⁵⁶

Voor de thematiek van dit artikel is met name van belang de betekenis van het gegeven dat conform een vergunning wordt gehandeld. Uit een bestendige lijn van rechtspraak blijkt dat de aan- of afwezigheid van een vergunning niet zonder meer bepalend is voor de beoordeling of sprake is van onrechtmatig handelen en/of onrechtmatige hinder.⁵⁷ Of sprake is van een onrechtmatige daad of onrechtmatige hinder dient te worden beoordeeld aan de hand van verschillende gezichtspunten van privaatrechtelijke origine (zoals de aard, ernst en duur van de hinder). Welk gewicht bij de weging van die gezichtspunten toekomt aan de vergunning hangt af van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, zulks in verband met de omstandigheden van het geval, aldus vaste rechtspraak van de Hoge Raad.⁵⁸

Op zich is er dus ruimte voor een autonoom opererend aansprakelijkheidsrecht. Toch kan een vergunning wel degelijk vrijwarende werking hebben. Snijders noteert in dat verband dat de aanwezigheid van een vergunning aan aansprakelijkheid in de weg staat indien 'bij de vergunningsverlening alle bij het desbetreffende handelen betrokken belangen zijn afgewogen en met het vergunningsvereiste is beoogd om voor alle betrokkenen een uitputtende regeling te geven van die afweging'.⁵⁹ Daaraan kan men, met Van der Grinten, toevoegen dat zo'n vrijwarende werking met name in beeld komt indien in het

kader van de vergunningverlening dezelfde belangen zijn afgewogen als de belangen die de burgerlijke rechter weegt om te bepalen of de uitvoering van de vergunde activiteit onrechtmatig is.⁶⁰

Een vraag die in dit verband dan ook naar voren komt is of – in de geest van de hiervoor besproken prejudiciële antwoorden in het kader van Gaswinning – een vergunning geen gewicht zou moeten toekomen indien bij de verlening daarvan door de verlenende instantie géén onderzoek is gedaan naar onaanvaardbare risico's voor de door artikel 2, 3 en 8 EVRM beschermde rechten en/of de vergunning een activiteit mogelijk maakt die een bedreiging vormt voor de door artikel 2, 3 en 8 EVRM beschermde mensenrechten.⁶¹ Het antwoord op die vraag is in ieder geval bevestigend indien deze EVRM-artikelen ook kunnen worden toegepast in horizontale rechtsverhoudingen.

Er rijzen in dit verband veel vervolgvragen die we in deze bijdrage niet kunnen adresseren (bijvoorbeeld ten aanzien van de werking van mensenrechten in horizontale relaties). Toch delen we graag één gedachte. Hoewel het uitgangspunt is dat de vergunninghouder er in het algemeen op mag vertrouwen dat de vergunning juist is verleend,⁶² valt niet te ontkennen dat bedrijven niet zelden intern wél kennis hebben van de gevaren voor de fysieke leefomgeving die de door de vergunning toegestane activiteit oplevert én bovendien – denk aan het hiervoor omschreven *rent seeking* gedrag – niet zelden lobbyen voor voorwaarden die voor hen gunstig zijn.⁶³ Dat gegeven pleit ervoor om de hiervoor opgeworpen vraag bevestigend te beantwoorden (wij bespreken hieronder, in par. 5, de implicaties van zo'n bevestigend antwoord).

4. Autonoom strafrecht

4.1. Introductie

Ook binnen het strafrecht is in de literatuur aandacht voor het potentieel van dat rechtsgebied om (ernstige) vervuiling van de fysieke leefomgeving tegen te gaan.⁶⁴ Eveneens ziet men dat, getuige de in de inleiding van deze bijdrage aangehaalde aangiften, in de praktijk de mogelijkheden van het strafrecht worden verkend. Die pogingen zijn evenwel nog weinig succesvol gebleken. Dat roept de vraag op: hoe autonoom opereert het strafrecht en waar liggen aanknopingspunten voor het ontwikkelen van een meer autonoom strafrecht?

De belangrijkste grondslag voor strafrechtelijk ingrijpen bij (ernstige) vervuiling van de fysieke leefomgeving vindt men in artikel 173a en 173b van het Wetboek van Strafrecht. Deze artikelen stellen degene die opzettelijk (173a) of culpoos (173b) wederrechtelijk een stof op of in de bodem, in de lucht of in de oppervlakte brengt strafrechtelijk aansprakelijk. Straf volgt alleen indien vanuit die emissie gevaar voor de openbare gezondheid of levensgevaar voor een ander te duchten is. Een zwaardere straf kan worden opgelegd indien de vervuiling leidt tot het sterven van een (of meerdere) persoon (personen). Beide artikelen zijn ook bedoeld voor die gevallen waarin de gevolgen van de vervuiling zich pas na lange(re) tijd openbaren.⁶⁵ Uit de zinsnede 'te duchten' volgt dat niet noodzakelijk is dat de gevolgen zijn ingetreden: het kan dus ook gaan om ernstige *risico's*.⁶⁶

Op zich is er ruimte voor een autonoom opererend aansprakelijkheidsrecht. Toch kan een vergunning wel degelijk vrijwarende werking hebben

4.2. Betekenis van de vergunning bij artikel 173a en 173b Wetboek van Strafrecht

De voor deze bijdrage relevante vraag is: hoe autonoom is het strafrecht bij het invullen van de benodigde wederrechtelijkheid en het te duchten gevaar?⁶⁷ In de oude versie van beide artikelen werd alleen degene strafbaar gesteld die 'handelt in strijd met of zonder vergunning'. Uit het gegeven dat dit vereiste in de huidige versie niet is opgenomen, zou men wellicht kunnen opmaken dat een ruimere invulling van het begrip wederrechtelijkheid is beoogd. De wetsgeschiedenis suggereert evenwel dat nog steeds een (relatief) strikte benadering is voorzien. In de memorie van toelichting wordt namelijk vermeld dat indien de emissie van de stof conform een vergunning is geschied geen wederrechtelijkheid, en dus geen strafrechtelijke aansprakelijkheid, kan worden aangenomen.⁶⁸ Dit uitgangspunt brengt met zich dat niet kan worden ingegrepen zolang een emissie, ook wanneer die gevaar voor de openbare gezondheid zou hebben veroorzaakt, plaatsvindt onder dekking van een vergunning. Het is deze administratieve afhankelijkheid, die mede is ingegeven door het streven naar de eenheid van de rechtsorde, die meebrengt dat ook bij zeer ernstige gevallen van milieuverontreiniging een emissie die plaatsvindt conform de voorwaarden van een vergunning nooit tot strafbaarheid kan leiden.⁶⁹ Het praktisch nut van beide artikelen is daarmee vrijwel nihil. Dat is op z'n minst opmerkelijk te noemen gezien de beperkingen die het bestuursrechtelijke domein kent (zie par. 2.2) en de voorbeelden van vervuiling van de fysieke leefomgeving die tot ernstige risico's voor de mens leiden. Duidelijk moge zijn dat wanneer ernstige milieuverstoring wordt veroorzaakt met concreet gevaar voor de menselijke gezondheid tot gevolg, zulks ook nooit onder een bestuurlijke vergunning gerechtvaardigd zou moeten kunnen worden en dat strafrechtelijk ingrijpen dus aangewezen is. Juist wanneer, zoals in die gevallen, de potentiële schade voor mens en milieu zeer

ernstig is, dient het strafrecht zijn beschermende werking te bieden.

4.3. Openingen voor een autonome interpretatie van artikel 173a Sr en 173b Sr

Een autonome interpretatie van artikel 173a en 173b zou meer armslag bieden. Onzes inziens biedt een arrest van de Hoge Raad uit 2020 aanknopingspunten voor de ontwikkeling van zo'n ruimere interpretatie. Daarin werd een gespecialiseerd asbestverwijderingsbedrijf op grond van artikel 173a Sr vervolgd voor emissie van asbestvezels tijdens graaf en -ruimwerkzaamheden. De verdediging bracht naar voren dat niet bewezen kan worden dat sprake is van een 'te duchten gevaar', omdat niet vast kon worden gesteld dat de concentratie van asbest – waaraan de bij de werkzaamheden aanwezige personen waren blootgesteld – op enig moment de op grond van artikel 4.51a Arbeidsomstandighedenbesluit toepasselijke grenswaarden heeft overschreden. Het hof stelt vast dat dit inderdaad niet kon worden vastgesteld. Het overweegt daarbij echter ook dat het te duchten gevaar bewezen kan worden verklaard 'ook al zouden de asbestvezelconcentraties continu onder de grenswaarde zijn geweest'. Daarbij stelt het voorop dat asbestblootstelling zeer onwenselijk is en ernstige gezondheidsrisico's oplevert, ook bij lage concentraties van blootstelling. Vervolgens oordeelt het dat sprake is van een te duchten gevaar omdat wél kon worden vastgesteld dat de verdachte op ondeskundige wijze heeft gehandeld en daarmee zijn werknemers in zodanige mate heeft blootgesteld aan asbest dat die daardoor ernstige gezondheidsrisico's hebben gelopen. De Hoge Raad laat dit oordeel in stand en benadrukt dat 'te duchten gevaar' een autonoom begrip is dat ook los van het bestuursrechtelijke kader kan worden ingevuld. Daar voegt hij in een ten overvloede overweging nog aan toe dat 'dat evenmin steun in het recht vindt de opvatting dat de enkele omstandigheid dat bovengenoemde grenswaarde niet zou

55. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10717, r.o. 7.25 & 7.26.

56. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

57. Zie voor het standaardarrest: HR 10 maart 1972, NJ 1972/278, m.nt. G.J. Scholten (Vermeulen/Lekkerker). Zie voor recentere rechtspraak: HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, NJ 2006/418 & HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5099, NJ 2011/392. Zie voor art. 6:177 en 6:178 ook Kamerstukken II 2001/02, 26219, nr. 15, p. 41/42. Zie ook Kamerstukken I 1993/94, 21202, nr. 99c, p. 7; HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106, NJ 2017/265, r.o. 3.32. Zie in relatie tot autonoom aansprakelijkheidsrecht ook de kritische kanttekeningen van Van Boom bij dit laatste arrest: Van Boom 2020, p. 214.

58. Zie met nadere verwijzingen. HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823,

r.o. 3.5.1.

59. G. Sniijders, 'Gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht; normen van publiek- en privaatrechtelijke aard', in: G. Sniijders & A.G.

Castermans, *De gelede normstelling in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht* (pre-adviezen VASR), Wolters Kluwer 2021, p. 1-47, p. 32.

60. Zie J.H.A. van der Grinten, 'Vermeulen/Lekkerkerk: een springlevend uitgangspunt', *Jurisprudentie Milieurecht* 2007, p. 844-850, p. 846, zie hierover ook A-G (F.F.) Langemeijer ECLI:NL:PHR:2017:227, sub. 2.6 voor HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106, NJ 2017/265.

61. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, r.o. 4.4.46.

62. Zoals door de Hoge Raad onder meer is geëxpliciteerd in HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, r.o. 3.5.1.

63. Zie hiervoor par. 2.2.

64. Zie onder meer S. Buisman, 'Tata Steel, maatschappelijk verantwoord ondernemen en het strafrecht: Een nieuwe balans tussen economische welvaart en maatschappelijk welzijn?', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving* 2021, 4, p. 266-270; M. Faure, 'De strafrechtelijke bescherming van duurzaamheid: vergezichten en uitdagingen', *Delikt en Delinkwent* 2021/50, p. 636-650. Zie in breder verband ook G.H. Kristen, 'Maatschappelijk verantwoord ondernemen en het strafrecht', in: A.J.A.J. Eijssbouts e.a., *Maatschappelijk verantwoord ondernemen, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging* 2010-1, Deventer: Kluwer 2010, p. 123-124; L. Enneking, F. Kristen, K. Pijl, T. Waterbolck, J. Emaus, M. Hiel, A.J. Schaap & I. Giesen, *Zorgplichten van Nederlandse Ondernemingen inzake Internationaal Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, Den Haag: WODC 2015, p. 131.

65. *Kamerstukken II 1984/85, 19020, nr. 3, p. 8*. Zie ook A-G Aben,

ECLI:NL:PHR:2020:574 in conclusie voor HR 8 september 2020,

ECLI:NL:HR:2020:1368, NJ 2020/342.

66. Voldoende is dat er ten tijde van het handelen een reële kans is dat zodanig gevolg intreedt, aldus de parlementaire geschiedenis; *Kamerstukken II 1984/85, 19020, nr. 3, p. 8* en 12.

67. Zie over deze vraag ook uitgebreid B.V.G. Eggen, 'Het bestanddeel "wederrechtelijk" in artikel 173a Sr', *DD* 2021/28, p. 336-352.

68. *Kamerstukken II 1984/85, 19020, nrs. 1-3, p. 13*. Zie ook A-G Aben bij ECLI:NL:PHR:2020:574.

69. Zie al eerder M. Faure, 'De gevolgen van de "administratieve afhankelijkheid" van het milieustrafrecht: een inventarisatie van knelpunten', in: M. Faure, J.C. Oudijk & D. Schaffmeister (red.), *Zorgen van heden. Opstellen over het milieustrafrecht in theorie en praktijk*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 91-150.

zijn overschreden, met zich zou brengen dat geen sprake kan zijn van wederrechtelijk handelen zoals bewezenverklaard.⁷⁰ Uit deze overweging blijkt in ieder geval dat de Hoge Raad geen groot fan (meer) is van een strikte interpretatie van het bestanddeel wederrechtelijkheid: in ieder geval is niet uitsluitend aan dat bestandsdeel voldaan als in strijd met het bestuursrecht wordt gehandeld. Het is niet helemaal duidelijk of deze redenering ook geldt indien het gaat om de situatie waarin conform de vergunning wordt gehandeld (het ging in casu om administratiefrechtelijk voorgeschreven grenswaarden).⁷¹ Mocht deze overweging ook zien op het belang van een vergunning, dan brengt dat met zich dat, ook al wordt conform de vergunning gehandeld, wederrechtelijkheid kan worden aangenomen indien in strijd met andere publiekrechtelijke regels of het objectieve recht wordt gehandeld,⁷² waarbij wat ons betreft gedacht kan worden aan onder meer het mensenrecht op een veilige en schone leefomgeving zoals dat is neergelegd in bijvoorbeeld artikel 2, 3 en 8 EVRM.⁷³ Ten slotte valt ook nog op artikel 1.7a van de nieuwe Omgevingswet te wijzen (zie par. 1.2.) dat een vangnetbepaling verschaft voor in het bijzonder die gevallen waarin er geen specifieke regelgeving voorhanden is ten aanzien van een activiteit. Indien door deze activiteit wel aanzienlijke nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving ontstaan of dreigen te ontstaan, dan kan, onder bepaalde voorwaarden, toch strafrechtelijk worden opgetreden. Het ligt buiten het bestek van deze bijdrage om nader in te gaan op deze zorgplicht, maar wij signaleren wel dat er ook hier een mogelijke opening is naar een autonoom strafrecht voor de fysieke leefomgeving.

5. Uitdagingen die meekomen met de inzet op de autonome rol

In essentie komt ons pleidooi erop neer dat het oude dogma waarin het strafrecht en (in mindere mate) het civiel recht als vangnet fungeren bij de beschermen van de fysieke leefomgeving verlaten moet worden. Het nadeel van dat systeem is immers dat ook bij grove gevallen van milieuverstoring, zelfs met concreet gevaar voor de menselijke gezondheid als gevolg, rechtsbescherming onder druk komt te staan. Juist daarom pleiten wij om meer in te zetten op de autonomie van het privaat- en strafrecht, waardoor het mogelijk wordt in gevallen van ernstige milieuvuiling publieke regulering aan te vullen en in sommige gevallen zelfs te 'overrulen'. Dat pleidooi heeft de nodige implicaties voor de aansprakelijkheidsrechtelijke en strafrechtelijke beoordeling en leidt tot verscheidene vervolgvragen en uitdagingen. We bespreken er vier.

In de eerste plaats rijst de vraag of het aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht nu in elke casus tot een autonome beoordeling dienen te komen, ook wanneer bestuurs-

rechtelijke voorschriften (zoals de voorwaarden van een vergunning) zijn nageleefd. Dat lijkt niet voor de hand te liggen, juist omdat in het merendeel van de gevallen ervan uit kan worden gegaan dat op bestuursrechtelijk niveau een behoorlijke belangenafweging heeft plaatsgevonden, waardoor de bestuurlijke vergunning milieuverstoring op een adequate wijze reguleert. Wij hebben het vooral over de, hopelijk eerder uitzonderlijke gevallen (zoals de in de inleiding genoemde voorbeelden) waar, ondanks het naleven van het bestuursrechtelijk kader, grove milieuverstoring tot stand komt met concreet gevaar voor de menselijke gezondheid als gevolg. Zeker wanneer die verstoring van dergelijke aard en omvang is dat sprake zou kunnen zijn van een schending van de artikelen 2, 3 en/of 8 EVRM, kunnen het aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht autonoom optreden. Dat heeft uiteraard als consequentie dat de rechter in die uitzonderlijke gevallen op autonome wijze – dat wil zeggen meer losstaand van de toepasselijke publiekrechtelijke normen – dient te beoordelen of het gewraakte vervuilende gedrag onrechtmatig is.

Daarbij rijst de tweede vraag of de rechter daartoe wel geëquipeerd is. Voorkomen moet immers worden dat de rechter aan 'second-guessing' gaat doen. Dat wil zeggen dat hij moet voorkomen om al te gemakkelijk zijn beoordeling van complexe feiten en normen in plaats van die van het bestuur te stellen. Ook bestaat het risico dat zich een 'battle of experts' ontspint en er discussie ontstaat over welke kennis en inzichten leidend moeten zijn bij de onrechtmatigheidsbeoordeling.⁷⁴ Dit zijn terecht kanttekeningen, en de vervolgvraag is hoe hier adequaat mee om te gaan. Deze kanttekeningen doen evenwel niet af aan de kern van ons betoog, dat met name ziet op situaties waarin op grond van valide kennis en inzichten (relatief) gemakkelijk valt vast te stellen dat er sprake is van ernstige vervuiling, dat daartegen te weinig wordt gedaan en dat het publiekrechtelijke systeem verouderd is en/of te weinig bescherming biedt. Nogmaals: juist wanneer de milieuverstoring van een zodanige ernst is dat deze ook het mensenrecht op een veilige en schone leefomgeving in gevaar zou brengen, is dat autonome optreden van het aansprakelijkheidsrecht en het strafrecht noodzakelijk.

In de derde plaats zou natuurlijk betoogd kunnen worden dat ons voorstel de rechtszekerheid bij het bedrijfsleven weghaalt: een ondernemer die een rechtmatige vergunning heeft gekregen zou er toch immers op moeten kunnen vertrouwen dat bij naleving van de vergunningsvoorwaarden niet ook nog een risico van civielrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkheid dreigt. Ons betoog is dat inderdaad als uitgangspunt de vergunninghouder er nog steeds van uit mag gaan dat de in een vergunning opgenomen voorwaarden van een dergelijk niveau zijn dat er bij naleving van die voorwaarden geen civielrechtelijke of strafrechtelijke aansprakelijkheid zal dreigen. Echter, het is ook van groot belang om juist aan die vergunninghouder duidelijker het signaal af te geven dat deze niet kan volstaan met het naleven van die vergunningsvoorwaarden, maar dat er op betrokkene nog steeds een actieve plicht rust om alle nodige maatregelen te nemen om grove vormen van milieuverstoring te voorkomen, zelfs als dat betekent dat meer moet worden gedaan dan in de vergunning wordt vereist. Dit is van belang, juist in situaties waarin er minder duidelijkheid is

De vergunninghouder moet een duidelijker signaal krijgen dat deze niet kan volstaan met het naleven van de vergunningsvoorwaarden

over de omvang en ernst van vervuiling. In een dergelijk geval kan blootstelling aan (civielrechtelijke of strafrechtelijke) aansprakelijkheid een belangrijke prikkel geven om tot de juiste informatie over de vervuiling te komen en actoren ertoe aan te zetten om *state of the art*-maatregelen te nemen.⁷⁵ Zo is het, mede indachtig het voorzorgsbeginsel, goed denkbaar dat op bedrijven de verplichting rust om te onderzoeken welke gezondheids- of milieurisico's hun activiteiten in het leven roepen, alsmede dat zij maatregelen nemen tegen die risico's, ook al gaan die maatregelen verder dan waartoe de exploitant op grond van het toepasselijke publiekrechtelijke kader gehouden is.⁷⁶ Dat zal met name het geval zijn wanneer er ernstige risico's voor de leefomgeving bestaan, zeker wanneer die tot een potentiële schending van het mensenrecht op een veilige en schone leefomgeving leiden. Zo'n onderzoeksplicht houdt eveneens in dat bedrijven op regelmatige basis onderzoek moeten doen naar de effecten van hun activiteiten op de fysieke leefomgeving en eveneens proactief zicht dienen te houden op de ontwikkelingen in de *state of the art*. Een voordeel van zo'n aanpak is dat bedrijven, in aanvulling op eventuele soortgelijke bestuursrechtelijke eisen, ertoe worden aangezet om adequate informatie te verzamelen over risico's en worden aangespoord die informatie om te zetten in adequate actie, zonder dat zij daartoe door het bestuur gedwongen dienen te worden.⁷⁷ Indien uit dit onderzoek blijkt dat de wetenschappelijke kennis die ten grondslag ligt aan de publiekrechtelijke normstelling verouderd is, de normen niet meer *state of the art* zijn, er mogelijk sprake is van ernstige vervuiling en/of er nieuwe en betere technieken voorhanden zijn om de milieuverstoring aan te pakken, dan moet de mogelijkheid bestaan dat zij civielrechtelijk en strafrechtelijk ertoe worden gehouden aanvullende maatregelen te nemen.

Als vierde punt rijzen implementatievragen. Ofwel, hoe ziet autonome normstelling voor risico's er precies uit? Hiervoor hebben wij bepleit dat het civiele en strafrecht aanvullende rechtsbescherming moeten bieden in gevallen van ernstige milieuverontreiniging. Dat is in ieder geval zo wanneer die vervuiling een (dreigende) schending van mensenrechten oplevert. Wij menen dat men daarbij als uitgangspunt kan nemen dat mensenrechten ook voor bedrijven gelden, al dan niet doordat rechtstreeks een beroep op mensenrechtelijke bepalingen kan worden gedaan, deze reflexwerking toekomen bij de uitleg van het nationale recht (bijvoorbeeld bij artikel 6:162 BW & 173a en 173b Sr) of dat het nationale recht zelfstandig al een beschermingsniveau biedt dat gelijkstaat aan het beschermingsniveau dat door de toepasselijke mensenrechtelijke bepalingen wordt geboden (ook ingevolge de gevaarzet-

tingsleer moet men ernstige bedreigingen voor de gezondheid proactief aanpakken). Hoe die implementatie van mensenrechtelijke bepalingen precies gestalte krijgt en welke additionele verplichtingen dan concreet op bedrijven rusten, is onderwerp van vervolgonderzoek. Een aanpalende vraag, die ook onderwerp van vervolgonderzoek is, is tot op welke hoogte deze aanvullende beschermende werking van het civiele en strafrecht ook moet worden geboden wanneer het niet duidelijk is dat er sprake is van een (dreigende) schending van mensenrechten, maar er wel sprake is van ernstige milieuverontreiniging. De vraag die hier dan met name naar voren komt is welk additioneel beschermingsniveau het nationale recht biedt (en moet bieden) tegen ernstige milieuverontreiniging.

6. Afsluiting

Onze boodschap is eenvoudig. Maak meer gebruik van de autonomie van het privaatrecht en het strafrecht om te komen tot een betere bescherming van de fysieke leefomgeving. In gevallen van ernstige milieuvervuiling van de fysieke leefomgeving is het belangrijk dat de autonome positie van civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht wordt benut, onder meer door civiele aansprakelijkheid te accepteren wanneer het zorgniveau om de fysieke leefomgeving te beschermen hoger dient te zijn dan wat is vereist op grond van publieke regulering en om strafrechtelijke aansprakelijkheid te accepteren in de uitzonderlijke gevallen waarin, zelfs in geval van naleving van een vergunning, een concreet gevaar voor het milieu en menselijke gezondheid heeft plaatsgevonden. Dit betekent ook dat enige mate van administratieve afhankelijkheid, die meer aanwezig is in het strafrecht dan in het civiele recht, dient te worden losgelaten.

Zoals (helaas) de vele in de inleiding aangehaalde gevallen hebben aangetoond is ons pleidooi om gebruik te maken van de autonomie van beide rechtsgebieden niet alleen van theoretisch belang, maar ook van cruciaal praktisch belang om tot een betere bescherming van het milieu en de menselijke gezondheid te komen. We gaven aan dat er in de jurisprudentie van de Hoge Raad hoopgevende ontwikkelingen te bespeuren zijn die met enige goede wil als stappen in de richting van een meer autonome rol voor het privaatrecht en het strafrecht kunnen worden gezien. Wij pleiten ervoor om deze stappen in de richting van meer autonomie met kracht te vervolgen, zodat het civiele en strafrechtelijke aansprakelijkheidsrecht hun aanvullende bescherming kunnen bieden juist waar dat het meest noodzakelijk is, namelijk wanneer het bestuursrecht heeft gefaald en burgers en het leefmilieu daardoor ernstige schade (dreigen te) lijden. ●

70. HR 8 september 2020, ECLI:NL:HR:2020:1368, NJ 2020/342, r.o. 2.5.2.

71. Eggen 2021, p. 350.

72. Zo ook Eggen 2021, p. 347.

73. De schending daarvan noopt, aldus vaste rechtspraak van het hof, soms tot strafrechtelijke vervolging.

74. Zie over deze thematiek ook recent K.J.O. Jansen & E.R. de Jong, 'Rechterlijke

toetsing van wetenschappelijke kennis in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2022, afl. 1, p. 5-22.

75. Een prachtig voorbeeld van deze werking van het aansprakelijkheidsrecht wordt gegeven door Kysar. Zie D. Kysar, 'The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism', *European Journal of Risk Regulation* 2018, issue 1, p. 48-65.

76. Zie hierover E.R. Jong, *Voorzorgsverplichtingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2016. De basis voor zo'n plicht ligt al besloten in het nationale civiele recht, en wordt in toenemende mate aangevuld door (*soft law*) regels die ertoe strekken dat bedrijven verplichtingen hebben om te voorkomen dat hun activiteiten tot mensenrechtenschendingen leiden. Zie ook het recente richtlijnvoorstel van 23

februari 2022 COM (2022) 71 final, 2022/0051 (COD), Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937.

77. Dat is een belangrijk effect omdat, zoals wij in par. 2.2. bespraken, de informatievoorziening bij publieke regulering bloot is gesteld aan oneigenlijke beïnvloeding door bedrijven.