

Voorzorgsaansprakelijkheid: naar een Post-Normale Jurisprudentie?

1. Inleiding

Milieuschade en aansprakelijkheid zijn nauw aan elkaar gelieerd door de preventie- en 'de-vervuiler-betaalt' beginselen, die zijn neergelegd in Europese en Nederlandse wetgeving. Deze beginselen zijn erop gericht om de externe kosten van activiteiten in toenemende mate te internaliseren, zodat prijzen de totale sociale kosten reflecteren. Daarom is het zaak, aldus de theorie die aan de beginselen ten grondslag ligt, dat de consequenties van productieprocessen en producten in termen van milieuschade verhaald kunnen worden op de primaire producent. Het voorzorgsbeginsel voegt daaraan een dimensie toe en kan worden ingezet om de aansprakelijkheid van de producent verder te verscherpen. In een recent artikel in dit tijdschrift meldt Braams in dezen:¹

'In die betekenis lijkt het voorzorgsbeginsel vanuit civielrechtelijk perspectief aan te sluiten bij de jurisprudentie omtrent de (verscherpte) aansprakelijkheid voor (milieu)schade die wordt veroorzaakt door (potentieel) gevaarlijke stoffen.'

In dit artikel gaan wij nader in op het voorzorgsbeginsel in relatie tot aansprakelijkheid voor milieuschade. Daarbij zal het artikel van Braams als aanknopingspunt dienen, maar wij zullen ook een aantal algemenere kanttekeningen plaatsen.

2. Impliciete veronderstellingen

Juristen, zoals alle mensen, worden bij de beoordeling van geschillen geleid door ex- of impliciete veronderstellingen over feiten. Ook bij de interpretatie en toepassing van het voorzorgsbeginsel worden juristen veelal geleid door zulke veronderstellingen. De door Braams besproken arresten van de Hoge Raad zijn mogelijk een vroege manifestatie van aan het voorzorgsbeginsel ten grondslag liggende impliciete veronderstellingen ten aanzien van milieuschade en menselijke activiteiten. Deze veronderstellingen van onze toonaangevende juristen blijven als zodanig onbesproken, maar bepalen wel in belangrijke mate hoe het voorzorgsbeginsel wordt uitgelegd en gehanteerd.

Het voorzorgsbeginsel – ook wel voorzorgsprincipe genoemd – kent een historie van ruim twintig jaar. De meest geciteerde definitie is opgenomen in de *Rio Declaratie* van 1992:²

'(...) In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by the States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.'

De Tweede Noordzeeconferentie die in 1987 in Londen werd gehouden, resulteerde in een verklaring over voorzorg die het accent duidelijk anders legt:

'...In order to protect the North Sea from possibly dangerous substances, a precautionary approach is necessary which may require action to control inputs of such substances even before a causal link has been established by absolutely clear evidence.'

In het algemeen wordt voorzorg door juristen onderscheiden van preventie. Preventie, volgens dit onderscheid, is gerelateerd aan bekende nadelige consequenties van bepaalde menselijke activiteiten. Met andere woorden, preventie is gebaseerd op bekend oorzakelijk verband tussen een activiteit en een bepaald effect. Voorzorg is iets anders en gaat een stap verder: ondanks het ontbreken van een causaal verband tussen activiteit en nadelige consequenties zijn maatregelen aangewezen ter voorkoming van *gevreesde* (maar onbewezen) nadelige consequenties. Het juridisch axioma daarbij is dat implementatie van het voorzorgsprincipe resulteert in een vermindering van de milieurisico's. Daarbij worden risico's als gevolg van bepaalde activiteiten of producten per geval bekeken en aangepakt, waarbij interactie, zo typerend voor de empirische werkelijkheid, vaak volkomen buiten beschouwing wordt gelaten.³ Bovendien is het onderscheid tussen bekend en onbekend causaal verband wetenschappelijk niet te maken; er is veeleer sprake van een continuüm in functie van de mate van wetenschappelijke (on)zekerheid. Desalniettemin heeft het onderscheid waarde, in het bijzonder buiten het 'grijze' gebied.

3. Twee arresten over chemicaliën

Twee bekende arresten over blootstelling aan chemicaliën, ook door Braams besproken, kunnen naar onze mening beschouwd worden als kenmerkend voor de impliciete veronderstellingen van juristen bij de toepassing van het voorzorgsbeginsel. Wij doelen op het Vuilnismans-arrest be-

* Prof. mr. dr. drs. L. Bergkamp, LL.M., Managing Partner, Hunton & Williams, Brussels, hoogleraar internationaal milieuaansprakelijkheidsrecht, EUR en Dr. J.C. Hanekamp, Chief Executive Officer, Heidelberg Appeal Nederland.

1 W.Th. Braams. Dank U! Wij zijn al voorzien! *AV&S* 2002, p. 171.

2 In deze Verklaring, die werd aangenomen op een bijeenkomst van de United Nations in Rio de Janeiro in 1992, zijn beginselen

opgenomen voor milieubescherming en ontwikkeling.

3 J.B. Wiener, *Precaution in a Multi-Risk World*. 2001, Duke Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series Working Paper Nr. 23.

treffende de blootstelling aan een chemische stof van synthetische aard en het Taxus-arrest betreffende de blootstelling aan een chemische stof van natuurlijke aard. Het gaat ons niet om de uitkomst van deze zaken; de cruciale vraag of het aanvaardbaar is dat iemand materiaal weggooit zonder onderzoek te doen naar de aard daarvan, is geen gemakkelijke en vereist grondige analyse van relevante feiten; is subjectieve (in tegenstelling tot objectieve) onbekendheid met de aard van een stof waarvan men zich ontdoet verontschuldigbaar? Het gaat ons om de aan het voorzorgsbeginsel inherente vooringenomenheid die in deze rechterlijke uitspraken mogelijk besloten ligt.

In het Vuilnismans-arrest lijdt een persoon schade als gevolg van blootstelling aan een initieel onbekende stof die vrijkomt bij het deponeren van een emmertje in een kraakwagen. In het Taxus-arrest gaat het om de dood van twee paarden als gevolg van de consumptie van delen van een taxusstruik die op een afvalhoop was gedeponerd. De Hoge Raad beoordeelt deze gevallen verschillend. Het onderscheid betreffende het type slachtoffer (mens/dier) of het berokkende leed (morbiditeit ofwel ziekte/mortaliteit ofwel dood) speelde in het oordeel van de Hoge Raad kennelijk geen rol. Het doorslaggevend criterium in deze zaken leek te zijn het type stof waaraan het slachtoffer wordt blootgesteld: *man-made* (synthetisch) versus *natuurlijk*. Deze beide categorieën van stoffen zouden, als categorie, verschillende effecten hebben. In de woorden van Braams:⁴

'Hetgeen de Hoge Raad overweegt in het Vuilnismans-arrest is in het bijzonder van belang voor de milieuaansprakelijkheid, omdat milieuschade nu eenmaal met grote regelmaat het gevolg is van het brengen van (milieu)gevaarlijke stoffen in het milieu.'

Douma, in zijn recente proefschrift, laat zich op dezelfde wijze uit over de milieu (en volksgezondheid) risico's van economische, menselijke activiteiten:⁵

'The basic shortcoming of the way in which the precautionary principle has developed over the course of the last two decades is thus that the legislature and the executive indeed promise to abide by the principle time and time again, but at the same time no legal assurances are developed that would ensure that they actually stick to these promises. Again, if the state of the environment and the threats to human health would be diminishing, this would not be such a problem. But, since this is not the case, action is necessary to ensure that the precautionary principle takes effect and is applied in practice. It needs to be applied in such a way that environmental and health interests are protected, and, at the same time, in a way that prevents unwarranted recourse as far as possible.'

Braams en Douma hanteren zo beiden onbewezen veronderstellingen betreffende menselijk handelen en de (potentiële) consequenties daarvan. De Hoge Raad lijkt die veronderstellingen te onderschrijven, indien zijn beslissingen in de Vuilnismans- en Taxus-zaken representatief zijn. In het Taxus-arrest oordeelt de Hoge Raad dat in het geval giftige planten of struiken de schade hebben veroorzaakt, (verscherpte) aansprakelijkheid alleen maar mag worden aangenomen wanneer het gevaar dat zich heeft gerealiseerd een algemeen bekend feit is. Het lijkt er op dat de Hoge Raad in dit geval alleen van aansprakelijkheid wil weten voorzover het om algemeen bekende schade gaat binnen een bekende causale keten. De objectieve en subjectieve *voorzienbaarheid* van de schade is hier dus een voorwaarde voor het aannemen van aansprakelijkheid.

In het geval dat synthetische chemicaliën bij de schadeveroorzaking zijn betrokken is dat anders, zo lijkt de Hoge Raad te oordelen in het Vuilnismans-arrest. In dat geval is het voldoende dat zich een *onbekend* gevaar heeft gerealiseerd. Daar de Hoge Raad weinig of geen aandacht besteedt aan oorzakelijk verband, dringt zich de indruk op dat de causale keten niet bekend hoeft te zijn,⁶ noch subjectief voor de veroorzaker, noch objectief voor een hypothetische persoon:⁷

'(I)n de woorden van Van Dam: 'De Hoge Raad kiest er blijkbaar voor om scherpe zorgvuldigheidsnormen (met name ten aanzien van het kenbaarheidselement) te reserveren voor situaties die kenmerkend zijn voor de moderne, geïndustrialiseerde en gemotoriseerde samenleving'. In andere gevallen 'die zich bij wijze van spreken ook tweehonderd jaar geleden hadden kunnen voordoen', zo stelt Van Dam terecht, is de Hoge Raad barmhartiger door aan de kennis van het gevaar minder hoge eisen te stellen.'

Bij onbekend, *in concreto* onvoorzienbaar en niet kenbaar gevaar van een synthetisch-chemische, 'niet-natuurlijke' stof is een verscherpte waakzaamheid vereist en een verscherpte zorgvuldigheid geboden, zo lijkt de teneur van deze zaken. Wanneer die verscherpte waakzaamheid niet in acht wordt genomen, is degene die voor een synthetisch-chemische stof verantwoordelijk was aansprakelijk. Onbekendheid met het gevaar resulteert dan niet in het ontbreken van aansprakelijkheid. Wat de zorgvuldigheid met zich meebrengt kan evenwel niet los worden gezien van oorzakelijk verband: of het al dan niet onzorgvuldig is een bepaalde daad te doen (of na te laten) is uiteindelijk een functie van de vraag of de desbetreffende daad (of omissie) in oorzakelijk verband staat met de schade die aan de orde is (zie verder onder 4, hierna). Hier lijkt het voorzorgsbeginsel in relatie tot aanspra-

4 Zie noot 1; nadruk van ons.

5 W.Th. Douma, *The Precautionary Principle. Its Application in International, European and Dutch Law*, 2003, PhD thesis, University of Groningen, p. 450; nadruk van ons.

6 Wij laten het onderscheid tussen algemeen causaal verband en individueel

causaal verband buiten beschouwing. Het verband tussen oog- en huidcontact met natronloog en letsel staat vast; de meer specifieke causale verbanden betreffende het aanbieden van een emmer gevuld met natronloog (of met een onbekende vloeistof) aan de vuilnis-ophaaldienst en letsel van een vuilnismans zijn minder eendui-

dig. Zie hierover L. Bergkamp, *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, The Hague: Kluwer, 2001.

kelijkheid in beeld te komen: onbekendheid met de gevaren verbonden aan een synthetisch-chemische stof staat niet in de weg aan aansprakelijkheid, maar onbekendheid met de gevaren verbonden aan een natuurlijke stof is wel verontschuldigbaar. En dit terwijl in beide gevallen aan het causaal verband kennelijk geen twijfel bestond.

4. Veronderstelde causaliteit

De bovengenoemde arresten van de Hoge Raad kunnen mogelijk worden gezien als vroege (of anticipatoire) toepassingen van het voorzorgsbeginsel. Indien die arresten representatief zijn voor het huidige aansprakelijkheidsrecht en de Hoge Raad in het Natronloog-arrest een regel heeft willen geven voor zowel subjectieve als objectieve onbekendheid, zou het vereiste van oorzakelijk verband in het geval van industrieel geproduceerde chemicaliën (of soortgelijke producten) aanzienlijk ruimer worden opgevat dan in andere gevallen. Waar het gaat om industrieel geproduceerde stoffen, komen de onbekende risico's, in lijn met het voorzorgsbeginsel, voor rekening van de aangesproken persoon. Onbekendheid met deze risico's zou dan niet resulteren in het ontbreken van aansprakelijkheid. Een aantal vooronderstellingen ligt ten grondslag aan deze doctrine:

- 'Nieuwe (moderne) risico's' behorend bij de technologische maatschappij behoeven een andere, stringenter aanpak dan conventioneel geachte risico's.
- *Synthetische, niet-natuurlijke chemicaliën* veroorzaken met grote regelmaat (en veel vaker en intenser dan natuurlijke stoffen) schade aan mens en milieu.
- *Synthetische chemicaliën* creëren meer risico's dan natuurlijke stoffen.
- Onbekende risico's, net als bekende risico's, vereisen rechterlijke interventie.
- Toepassing van het voorzorgsbeginsel leidt per definitie tot een vermindering van risico's.

Deze veronderstellingen liggen ten grondslag aan een juridische causaliteitstheorie die de traditionele relatie tussen feitelijke causaliteit (*cause in fact*) en juridische causaliteit (*cause in law*) herdefinieert. Juridische causaliteit in klassieke zin had geen betrekking op feitelijke causaliteit, maar functioneerde als een filter om uit de gevallen waarin feitelijke causaliteit vaststond die gevallen te selecteren waarin het recht een schadevergoedingsplicht oplegt. De op het voorzorgsbeginsel geïnspireerde juridische causaliteitstheorie vereist echter geen feitelijke causaliteit als voorwaarde voor het opleggen van een schadevergoedingsplicht. Deze theorie relativeert of negeert zelfs het belang van feitelijke causaliteit in aansprakelijkheidszaken. De cruciale vraag naar oorzaak en gevolg is met de komst van 'voorzorgsaansprakelijkheid' naar de achtergrond verdreven.⁸ Voorzorgsaansprakelijkheid werkt met de bovengenoemde

algemene vooronderstellingen, die voldoende grond bieden om bij vermoede relaties tussen industriële processen of producten en potentiële risico's een schadevergoedingsplicht aan te nemen. Voorzorgsaansprakelijkheid, in lijn met de Rio Declaratie, laat zich niet stoppen door een gebrek aan kennis. Integendeel, het gebrek aan kennis zelf levert de motivatie om uit voorzorg te handelen. De nieuwe voorzorgsaansprakelijkheidstheorie valt of staat met het juridische axioma dat toepassing van het voorzorgsbeginsel risicovermindering zal genereren. Er is echter geen *a priori* reden om er van uit te gaan dat voorzorgsaansprakelijkheid inderdaad tot risico-vermindering zal leiden.

Met de komst van voorzorgsaansprakelijkheid staan oorzaak en gevolg niet langer centraal en wordt wetenschappelijke kennis getrivialiseerd. In voorzorgsaansprakelijkheid heeft de rechter de wetenschapper, tenminste niet de klassieke wetenschapper, niet langer nodig. Wetenschappelijke *onzekerheid* of dubbelzinnigheid, die altijd bestaan, is voldoende. In een recent rapport verwoordde de *European Environment Agency* deze gedachte als volgt:⁹

'(I)t is in no way precautionary to persist in restrictions of the wrong agent. However, the precautionary principle applies as much to uncertainties over agents as to those over effects. If a broad-based retrospective process raises scientific uncertainties or ambiguities about the grounds for targeting a particular agent, the precautionary principle may nonetheless be invoked, entirely legitimately, to defend continued action on this agent, until such uncertainties are resolved.'

Met de implementatie van het voorzorgsbeginsel in zaken van civielrechtelijke aansprakelijkheid is dan vaak ook omkering van bewijslast aan de orde. Degene die synthetisch-chemische stoffen in omloop heeft gebracht zal moeten aantonen dat er geen causaal verband was tussen de blootstelling aan de stof en de schade waarvoor vergoeding wordt geclaimd. *Schadelijkheid* wordt verondersteld; *on-schadelijkheid* moet worden aangetoond.

5. De gevaren van voorzorgsaansprakelijkheid

In voorzorgsaansprakelijkheid is het de rechter, niet de wetenschapper, die de maatschappij veiliger wil maken. Bij gebrek aan wetenschappelijke kennis, zo wordt door voorzorgsjuristen beleden,¹⁰ scheidt de rechter de prikkels die wetenschappers nodig hebben om sociaal nuttige kennis te genereren teneinde (vermeende) risico's te verminderen. Of de rechter inderdaad in een goede positie verkeert om een wetenschappelijk onderzoeksprogramma te schrijven laat men in het midden. De rechter beslist of geuite vermoedens voldoende wetenschappelijk onderbouwd zijn. Daarmee wordt de rechter scheidsrechter in

7 Zie noot 1.

8 R. Pieterman, J.C. Hanekamp, *The Cautious Society? An Essay on the Rise of the Precautionary Culture*, Zoetermeer: HAN, 2002.

9 Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000. 2001, European Environment Agency, Environmental issue report Nr. 22, p. 181, nadruk van ons.

10 Zie L. Bergkamp *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, The Hague: Kluwer, 2001.

een wetenschappelijk dispuut, hoewel hij niet gekwalificeerd is de inhoud van het dispuut op zijn wetenschappelijke merites te kunnen beoordelen. Daarbij dient te worden bedacht dat onzekerheid rondom wetenschappelijke kennis een fundamenteel gegeven is dat zich niet eenvoudigweg laat oplossen door 'nog meer onderzoek.' Een fout-marge (*margin of error*) zal altijd blijven bestaan. Op welke gronden beslist de rechter dan of een in rechte betrokken persoon wel of niet aansprakelijk is? De bovengenoemde vooronderstellingen schieten hem te hulp om de feitenkwesties op te lossen. De simpele constatering dat er een wetenschappelijk dispuut bestaat – zonder verder onderzoek naar de inhoud van het dispuut en de waarheid (of het 'gelijk') – is daarbij voldoende. Daarmee is de 'post-moderne' cirkel van de voorzorgsaansprakelijkheid rond.

Het voorzorgsbeginsel kan zo ook in de aansprakelijkheidscontext ernstige gevolgen hebben voor het bedrijfsleven. Bedrijven kunnen in toenemende mate aansprakelijk worden gesteld voor schade die door de rechter (maar niet door de wetenschap) aan hun producten of processen wordt toegeschreven. Dit risico is groter naarmate er over een product of productieproces minder kennis en meer politiek-maatschappelijke bezorgdheid bestaat.¹¹ Moderne technologie en innovatie zullen onder deze ontwikkeling lijden. Het voorzorgsbeginsel herbergt een inherente vooringenomenheid tegen synthetische producten. Ook scheidt het een vooringenomenheid ten gunste van de *status quo*. In de analyse is weinig of geen oog voor de voordelen van producten of processen, vergeleken met de alternatieven die aan een ander regime onderworpen zijn. De dynamische effecten (bijvoorbeeld substitutie) van het regime blijven buiten beschouwing. Zonder enig wetenschappelijk bewijs neemt men aan dat voorzorg tot risico-vermindering leidt. Immers, het wordt als axioma beleden. Er zijn echter meerdere redenen om te veronderstellen dat voorzorgsaansprakelijkheid niet tot risico-vermindering leidt. Zo is het goed denkbaar dat de rechter regelmatig causale verbanden aanneemt die achteraf niet blijken te bestaan. Of dat hij aan innovatieve, risico-arme activiteiten zwaardere eisen stelt dan aan conventionele, risico-rijke activiteiten. Deze problemen zouden kunnen leiden tot een vergroting, niet een vermindering, van de risico's waaraan wij zijn blootgesteld.

6. Conclusies

Het voorzorgsbeginsel, zoals eerder besproken, is niet neutraal. In de gangbare omschrijvingen klinkt het misschien neutraal, maar dat wil niet zeggen dat het ook neutraal is. De neutraliteit van het voorzorgsbeginsel is slechts schijn. In feite institutionaliseert het voorzorgsbeginsel, door de nadruk op onzekere risico's, een inherente vooringenomenheid ten nadele van innovatieve activiteiten en ten gunste van de

status quo of zelfs een terugkeer naar historische technieken, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van biologische landbouw. Bovendien verlangt het eenzijdige aandacht voor risico's en negatie van voordelen. Dat is in het algemeen in het aansprakelijkheidsrecht een probleem.¹² De implementatie van het voorzorgsbeginsel in aansprakelijkheid maakt dit probleem echter vele malen groter door niet alleen een vooringenomenheid ten aanzien van risico's te honoreren maar tevens feitelijke causaliteit buiten te sluiten, die wordt vervangen door de hierboven besproken niet-empirisch onderbouwde premissen.

Met de toepassing van het voorzorgsbeginsel in de civielrechtelijke doctrine gaan juristen uit van vooronderstellingen over de empirische werkelijkheid die zij echter op geen enkele wijze empirisch kunnen of willen onderbouwen. Zo doen juristen met het voorzorgsbeginsel in de hand uitspraken over gevaar en de bekendheid van gevaar (vergelijk de Vuilnismen- en Taxus-arresten) zonder zich te vergewissen van de empirische juistheid daarvan. De enige discipline die daarover uitspraken kan doen – de wetenschap – kan door juristen inhoudelijk niet op haar merites worden beoordeeld. Indien onder het mom van wetenschap onjuiste informatie wordt gepropageerd, zijn juristen slechts in staat vast te stellen dat er wetenschappelijk debat en dus wetenschappelijke onzekerheid bestaat – een evident onderdeel van het wetenschappelijke discours – , hetgeen toepassing van voorzorg rechtvaardigt. Natuurlijk is het waar dat een wetenschappelijke minderheidsopvatting niet per definitie als onjuist moet worden beschouwd, maar terwijl er slechts een meerderheidsopvatting is, zijn er veelal meerdere minderheidsopvattingen. Het voorzorgsbeginsel kan gemakkelijk zo worden geïnterpreteerd dat iedere minderheidsopvatting wordt gezien als wetenschappelijke onzekerheid die tot juridisch ingrijpen noopt. Als uiterste consequentie verdwijnt met de aan het voorzorgsbeginsel inherente trivialisering van causale relaties de behoefte om überhaupt een beroep te doen op de wetenschap.

Toepassing van het voorzorgsbeginsel in wet- en regelgeving creëert reeds genoeg problemen. De rechterlijke macht moet daaraan niet nog meer problemen toevoegen en zich met dit beginsel niet inlaten. Voorzorgsaansprakelijkheid op basis van feitelijk twijfelachtige vooronderstellingen leidt niet tot een beter aansprakelijkheidsrecht of een betere maatschappij. Daar het voorzorgsbeginsel niet-justiciabel is, zou rechterlijke toepassing van het voorzorgsbeginsel ook op gespannen voet staan met de *trias politica* waarop ons rechtssysteem is gebaseerd. Of een mogelijk bestaand, maar niet algemeen wetenschappelijk erkend risico al dan niet aanvaardbaar is, is een politiek oordeel. Dat politici daarbij gebruik maken van een slecht gedefinieerd en dubieus beginsel als het voorzorgsbeginsel rechtvaardigt niet dat rechters dezelfde aberratie omarmen.

11 De mate van bezorgdheid en de mate van kennis lijken soms in een omgekeerd evenredige relatie met elkaar te staan.

12 Een activiteit die slechts een geringe ver-

groting van risico's met zich meebrengt, maar aan de andere kant een grote toename van externe sociale voordelen bewerkstelligt, wordt in het aansprakelijk-

heidsrecht vaak zwaarder belast dan een activiteit die slechts een geringe vermindering van risico's en een grote vermindering van voordelen behelst.