

**HR 26 januari 1990, AB 1990, 408 (Windmill)**

HOGE RAAD 26 januari 1990, nr. 13724

(Mrs. Martens, Ras, Bloembergen, Roelvink, Davids; A-G Mok)

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Financien), te 's-Gravenhage, eiser tot cassatie, incidenteel verweerder, adv. Mr. J.L. de Wijkerslooth,

tegen

Windmill Holland BV, te Vlaardingen, verweerster in cassatie, incidenteel eiseres, adv. Jhr. Mr. O. de Savornin Lohman.

Gerechtshof:

(Post alia)

3. Met name staat (...) vast dat geïntimeerde via een pijpleidingsstelsel jaarlijks een hoeveelheid afvalgips in de Nieuwe Waterweg loost en daarvoor, zowel krachtens de Rivierenwet als krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, de nodige vergunningen bezit. (...).

4. Het gaat hier in wezen uitsluitend om de vraag of de Staat voor die lozingen een bedrag van f 1,25 per kubieke meter in rekening mag brengen. De Staat vordert weliswaar een verbod om het afvalgips nog langer te lozen, doch slechts zolang geïntimeerde niet in het bezit is van een privaatrechtelijke vergunning tegen betaling van bedoelde f 1,25 per kubieke meter. Als standpunt van de Staat komt duidelijk naar voren, dat tegen die lozingen geen bezwaar bestaat, mits het zoeven genoemde bedrag maar aan de Staat wordt betaald. Hoewel de indruk wordt (of althans aanvankelijk werd) gewekt dat deze betaling iets met baggerkosten te maken zou hebben - het wordt als een soort "baggervergoeding" gepresenteerd - werd hierboven reeds vastgesteld dat de onderhavige lozingen geen extra baggerkosten met zich meebrengen. De i.c. voor het lozen verlangde betaling is dan ook, mede gezien de daarop door de Staat gegeven toelichting, in werkelijkheid bedoeld als vergoeding voor het privaatrechtelijk gebruik van de Nieuwe Waterweg, zijnde een aan de Staat in eigendom toebehorend openbaar vaarwater. Aan de vordering van de Staat is met andere woorden ten grondslag gelegd dat geïntimeerde, door het lozen van haar afvalgips, inbreuk maakt op een eigendomsrecht van de Staat, te weten het eigendomsrecht van de Nieuwe Waterweg.

5. Naar het oordeel van het hof kan een overheidslichaam haar eigendomsrechten in beginsel mede aanwenden ter behartiging van een publiek belang, zelfs als dat belang zuiver budgettair zou zijn, zoals hier kennelijk het geval is. Tot een andere belangenbehartiging zou de overheid trouwens niet in staat zijn en is zij ook niet gerechtigd. De overheid behoort immers uitsluitend publiekrechtelijke belangen na te streven. Aan de Staat valt derhalve op zichzelf niet te verwijten dat hij een eigendomsrecht hanteert teneinde er financieel beter van te worden. Tegenover de burger is de Staat zelfs verplicht zijn middelen, waaronder ook zijn eigendommen, zo goed mogelijk aan te wenden.

6. I.c. behoort echter tevens in aanmerking te worden genomen, dat het eigendomsrecht waarop de Staat zich beroept een openbaar vaarwater betreft, derhalve een zaak met een publieke bestemming. Een dergelijk eigendomsrecht brengt voor de eigenaar zowel voordelen als nadelen met zich mee. Een voordeel is bijv. dat de eigenaar van zo'n publieke zaak, althans onder omstandigheden, zich aan verplichtingen uit het burendrecht niet zal behoeven te storen (zie o.m. HR 28 april 1961, NJ 1961, 433). Een nadeel is bijv. dat hij inbreuken op zijn recht, verband houdende met de op het voorwerp van dat recht rustende publieke last, zal hebben te dulden (zie o.m. HR 12 jan. 1923, NJ 1923, 307 en HR 4 mei 1966, NJ 1967, 217). Voor de onderhavige zaak betekent dit met name dat nagegaan moet worden of de op een openbaar vaarwater rustende publieke last met zich meebrengt dat de eigenaar zal moeten dulden dat daarin afvalstoffen worden geloosd.

7. Het hof beantwoordt deze vraag, evenals de Rb., in beginsel bevestigend. Openbare wateren worden immers vanouds mede voor de opvang en het transport van afvalstoffen gebruikt. Ten aanzien van bepaalde afvalstoffen, vooral van organische aard, is dit ook begrijpelijk, aangezien het zelfreinigend vermogen van water tot gevolg heeft dat deze stoffen weer (grotendeels) worden afgebroken. Ten aanzien van chemische afvalstoffen is dat minder begrijpelijk en zelfs bedenkelijk. Niettemin worden ook deze stoffen reeds vele jaren op grote schaal in openbare wateren geloosd, teneinde naar zee te worden getransporteerd, zodat ook in zoverre sprake is van een publieke last. Derhalve zal de Staat in beginsel moeten dulden dat geïntimeerde haar afvalgips in de Nieuwe Waterweg loost.

8. Het vorenstaande kan evenwel niet wegnemen dat de Staat als eigenaar van genoemd vaarwater, uitgaande van het zoeven omschreven beginsel, de hierbij betrokken belangen zal moeten afwegen

tegen verschillende andere, eveneens bij dat vaarwater betrokken belangen - men denke bijv. aan de belangen van de drinkwatervoorziening en de visserij - en dat in verband daarmee de Staat, gebruik makend van zijn bevoegdheden als eigenaar, zal mogen bepalen op welke wijze het afvalgips moet worden geloosd, terwijl onder omstandigheden ook denkbaar is dat de Staat op grond van zijn eigendomsrecht elke gipslozing verbiedt (HR 19 jan. 1962, NJ 1962, 151). Aangezien voorts de publieke bestemming van het vaarwater aan een vergoeding voor het lozen van het gips op zichzelf niet in de weg staat, zal ook het bedingen van zo'n vergoeding naar het oordeel van het hof niet zijn uitgesloten, mits de beginselen van behoorlijk bestuur daarbij in acht worden genomen.

9. Een dergelijk optreden, met zuiver privaatrechtelijke middelen, zou echter weer wel zijn uitgesloten indien op grond van wettelijke bepalingen zou moeten worden aangenomen dat de wetgever op het onderhavige terrein slechts een publiekrechtelijke aanpak wenst (HR 19 jan. 1968, NJ 1968, 166). Het gaat hier om het lozen van afvalstoffen in oppervlaktewater. Derhalve rijst, meer concreet, de vraag of uit de daarop van toepassing zijnde Wet verontreiniging oppervlaktewateren (Wet van 13 nov. 1969, Stb. 536, zoals later gewijzigd) moet worden afgeleid dat naast de in die wet neergelegde publiekrechtelijke regeling, de privaatrechtelijke weg is afgesloten.

10. Dienaangaande is het volgende van belang:

a. Genoemde wet heeft, mede gezien de daarop betrekking hebbende parlementaire stukken, ten doel om het groeiende probleem van de waterverontreiniging door afvalstoffen gecoördineerd aan te pakken en binnen aanvaardbare grenzen terug te dringen. Dat groeiende probleem was een gevolg van het uitbreiden van de bevolking en de industrie in Nederland. Tot dan toe had men de alsmear toenemende watervervuiling met behulp van incidentele administratieve voorzieningen en civiele acties bestreden. Door de nieuwe wet zou dit probleem voortaan voor alle oppervlaktewateren gezamenlijk worden aangepakt. Teneinde in de toekomst verontreiniging van die wateren zowel tegen te gaan als te voorkomen werd in de wet bij wijze van grondbeginsel verboden om met behulp van een werk - dat wil zeggen langs kunstmatige weg - zonder vergunning afvalstoffen in bedoelde wateren te brengen. Het begrip "afvalstoffen" moest daarbij ruim worden verstaan: onder dat begrip moesten nl. alle "verontreinigende of schadelijke stoffen" worden begrepen. Daarnaast werd voor lozingen "op andere wijze dan met behulp van een werk" eveneens een voorziening getroffen. Een en ander werd in art. 1 Wet verankerd en in andere bepalingen uitgewerkt. Daarbij werd uitdrukkelijk gesteld dat het niet de bedoeling was om "zonder meer lozingen te verbieden": men wilde door het geven van voorschriften "slechts ... verzekeren dat lozingen zodanig plaatsvinden, dat deze voor de kwaliteit van het oppervlaktewater zonder overwegende bezwaren kunnen worden toegelaten" (wetsontwerp 7884, Tweede Kamer, stuk nr. 5, p. 27 r.k., even voorbij het midden).

b. Met betrekking tot de "financiële regeling" was de wet zodanig ingericht dat de kosten, verbonden aan het bestrijden van de waterverontreiniging, geheel werden gedekt. Daarbij gold enerzijds het principe dat de vervuiler betaalt maar werd anderzijds, in verband met gevestigde belangen, de vervuiler niet altijd volledig belast. Wat dit laatste betreft gold nl. per regio een soort omslagstelsel, gekoppeld aan de mogelijkheid van een bijdrage ten laste van het Rijk, derhalve een uiteindelijk aan de vervuiler ten goede komende subsidie. Op deze wijze werden de lasten en lasten zo evenwichtig mogelijk verdeeld. De wet regelt een en ander in de art. 17 e.v., waarvan art. 23 het eveneens genoemde omslag- en subsidiestelsel inhoudt, welk stelsel bij de parlementaire behandeling uitvoerig werd besproken.

c. Daarbij werd ook herhaaldelijk op het belang van de "afvalwaterproducenten" gewezen. Wat de reeds gevestigde industrie betreft, werd benadrukt dat in bepaalde regio's het Rijk met aanzienlijke bedragen zou moeten bijspringen, om te voorkomen dat voor de gevestigde industrie de lasten "te zwaar" zouden worden. Ten aanzien van de nieuwe industrie werd bovendien een "zorgvuldig vestigingsbeleid" in het vooruitzicht gesteld "om te voorkomen dat bepaalde industrieën voor ons land verloren zouden gaan met het oog op de verontreiniging welke zij veroorzaken". Het hof verwijst hier in het bijzonder naar de MvA aan de Tweede Kamer, wetsontwerp 7884, stuk nr. 5, p. 16 e.v., en naar het Mondeling Overleg met die Kamer, stuk nr. 9, p. 10, ad punt 29.

d. Meermalen werd zelfs gewezen op de - eigenlijk buiten het terrein van de wet liggende - mogelijkheid van bevordering van regionale industrialisatie: zie o.m. de aan het slot van letter c genoemde MvA op p. 18/19 (daarover ook de minister van Verkeer en Waterstaat in de Hand. II, zitting 1967/1968, p. 2440 l.k., iets voorbij het midden, en p. 2447 links boven). Herhaaldelijk werd ook gesproken over een evenwichtige concurrentieverhouding tussen de bedrijven, zowel intern binnen Nederland als extern binnen de EEG, en over de kans dat zwakkere bedrijven in hun concurrentiepositie zouden worden geschaad: zie o.m. het Mondeling Overleg, aan het slot van letter c genoemd, p. 3, ad punt 6, en de MvA aan de Eerste Kamer op p. 10/11 (daarover ook de hierboven genoemde minister t.a.p., p. 2449 r.k., op een na laatste alinea).

e. Bij het bovenstaande is verder nog van belang dat, als ondanks dit alles een gevestigd bedrijf door de nieuwe beleidsregels het veld zou moeten ruimen, een billijke schadevergoeding mogelijk was. Deze mogelijkheid werd in art. 9 lid 3 Wet neergelegd. Uit de hierboven al meermaals genoemde MvA aan de Tweede Kamer, p. 30 l.k., op een na laatste alinea, blijkt dat bedoelde schadevergoeding als een reële mogelijkheid moet worden gezien en dat, daar waar een bedrijf door de nieuwe beleidsregels "onevenredig zwaar zou worden getroffen", toepassing van deze mogelijkheid als een "eis van goed bestuur" moet worden aangemerkt. Uit meergenoemd Mondeling Overleg, p. 15, ad punt 52b, blijkt verder dat daarbij een "volledige schadevergoeding" niet is uitgesloten.

f. Hierboven bleek reeds dat aan de wetgever een gecoördineerd beleid voor ogen heeft gestaan. Dit geldt in het bijzonder voor de heffingen en bijdragen die aan de vervuilers kunnen worden opgelegd. Het hof verwijst in het bijzonder naar art. 22 Wet. Verder verwijst het hof nog in dit verband naar hoofdstuk II A van die wet - bij Wet van 24 juni 1981, Stb. 414, vastgesteld en op 1 jan. 1982 in werking getreden - en naar het daarop gebaseerde KB van 7 juni 1982, Stb. 347, houdende regelen omtrent de voorbereiding en inrichting van waterkwaliteitsplannen, waaruit blijkt dat bij de coördinatie van de verschillende plannen, aan het aspect van de kosten en, daarmee, de lasten van degenen die afvalstoffen lozen, een wezenlijke rol moet worden toegekend (zie met name het zoeven genoemde besluit in de art. 3 lid 1 sub g, 4 lid 1 sub f en g, en 5 aanhef en sub e).

g. Tenslotte heeft de wetgever, als sluitstuk, het uitvoerige systeem van de administratieve rechtsbescherming, zoals neergelegd in de Wet algemene bepalingen milieuhygiene, van toepassing verklaard. Het hof verwijst in het bijzonder naar hoofdstuk III van de wet. Bedoeld systeem biedt betrokkenen een ruime mate van rechtsbescherming, o.m. bij het tot stand komen van beschikkingen, welke rechtsbescherming verder gaat dan de - praktisch gesproken tot misbruik beperkte - toetsing die in het kader van de uitoefening van eigenaarsbevoegdheden mogelijk is.

11. In het licht van het bovengestelde moet naar het oordeel van het hof worden aangenomen dat de publiekrechtelijke regeling van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, gelet op haar inhoud en strekking, een privaatrechtelijke benadering zoals de Staat verlangt uitsluit. Een dergelijke benadering zou het beleidsterrein van die wet te veel doorkruisen, zeker wanneer men bedenkt dat, als de Staat zich privaatrechtelijk mag opstellen, een lager overheidslichaam dat ook moet kunnen, in welk geval het gevaar ontstaat dat de - als voormeld - door de wetgever zo wenselijk geachte coördinatie op vele klippen stukloopt. Zou ook de privaatrechtelijke weg openstaan, dan zou een gecoördineerd beleid, mede gezien de financiële problemen van de lagere overheid, wellicht zelfs zijn uitgesloten.

12. Het bovenstaande klemmt, wat de onderhavige zaak betreft, nog te meer nu vaststaat, immers onweersproken is gebleven, dat de i.c. door de Staat verlangde "baggervergoeding" - f 1,25 per m<sup>3</sup> afvalgips - (vrijwel) zeker zal leiden tot ernstige financiële problemen en, naar geïntimeerde stelt, zelfs tot sluiting van haar bedrijf en dat, naast de bedrijven van geïntimeerde en DSM AGO (voorheen UKF) BV, andere bedrijven in het havengebied langs de Nieuwe Maas en de Nieuwe Waterweg daardoor niet worden getroffen.

13. Aan een en ander kan niet afdoen dat de op grond van art. 17 Wet verontreiniging oppervlaktewateren vast te stellen heffingsvoorschriften, wat de niet-zuurstofbindende afvalstoffen betreft, nog steeds niet zijn uitgevaardigd, zodat de onderhavige lozingen, die betrekking hebben op zulke niet-zuurstofbindende stoffen, van publiekrechtelijke heffingen zijn gevrijwaard. Gelet op de omvang en de samenstelling van de onderhavige lozingen - bij pleidooi in hoger beroep bleek dat geïntimeerde samen met DSM AGO (voorheen UKF) BV jaarlijks ongeveer 1 1/2 miljoen ton afvalgips loost en dat daarin ook cadmium- en kwikbestanddelen zitten - valt dat zeker te betreuren maar door het uitvaardigen van bedoelde heffingsvoorschriften kan de Staat daaraan zelf een einde maken. Uit de MvT bij het wetsontwerp dat tot de Wet verontreiniging oppervlaktewateren leidde - wetsontwerp 7884 - blijkt dat deze heffingsvoorschriften een "uitgebreide studie" vergden, die bij de indiening van dat wetsontwerp "nog niet was afgesloten", zodat hierover toen nog maar weinig kon worden gezegd (stuk nr. 3, p. 13 l.k., even voorbij het midden). Inmiddels zijn er ruim 23 jaar verstreken en moet dus worden aangenomen dat bedoelde studie is voltooid. Wat daarvan echter ook zij: uit het hierboven gestelde volgt dat de Staat deze leemte in elk geval niet langs privaatrechtelijke weg mag opvullen.

14. Een en ander brengt met zich mee dat de grieven ongegrond zijn en dat de vordering terecht werd afgewezen. Derhalve behoort het vonnis waarvan beroep te worden bekrachtigd, met veroordeling van de Staat, als de in het ongelijk gestelde procespartij, in de kosten van dat beroep.

(Enz.)

Principaal cassatiemiddel:

Schending van het recht en verzuim van vormen, waarvan de niet-inachtneming nietigheid met zich brengt, doordien het hof op de in het arrest vermelde en hier als herhaald en overgenomen te

beschouwen gronden heeft beslist als in het bestreden arrest overwogen, zulks ten onrechte om de navolgende, zonedig in onderling verband en samenhang te beschouwen redenen:

1. In r.o. 6 neemt het hof als uitgangspunt dat

"Nagegaan moet worden of de op een openbaar vaarwater rustende publieke last met zich meebrengt dat de eigenaar zal moeten dulden dat daarin afvalstoffen worden geloosd".

Het hof komt vervolgens in r.o. 7 tot een "in beginsel" bevestigende beantwoording van deze vraag door te overwegen (...)

Dit oordeel is rechtens onjuist dan wel niet naar behoren gemotiveerd omdat een publieke last als door het hof bedoeld niet zonder meer op openbare wateren of op de Nieuwe Waterweg rust.

2. Dit oordeel is voorts rechtens onjuist, althans ongenoegzaam gemotiveerd, omdat het hof zijn oordeel niet doet steunen op een bestemming die de Staat aan de Nieuwe Waterweg zou hebben gegeven, maar op een bestemming die alle openbare wateren, waaronder de Nieuwe Waterweg "vanouds" zouden bezitten, zulks niet alleen met betrekking tot afvalstoffen van organische aard, maar (zelfs) ook met betrekking tot de chemische afvalstoffen. Het hof kent hiermee een te ruime betekenis toe aan de "publieke bestemming". Het hof miskent bovendien dat aan de Staat - eigenaar van het water ingevolge art. 577 BW - dezelfde bevoegdheden toekomen als aan elke andere eigenaar ingevolge art. 625 BW. Daarmee is onverenigbaar de kennelijke opvatting van het hof dat de Staat als eigenaar een niet door hem in het leven geroepen bestemming tot het opnemen en vervoeren van organische en chemische afvalstoffen in beginsel tegenover zich zou moeten laten gelden.

's Hofs oordeel is voorts rechtens onjuist althans ongenoegzaam gemotiveerd, omdat de enkele omstandigheid dat "van oudsher" organische afvalstoffen en ook chemische afvalstoffen reeds vele jaren op grote schaal worden geloosd, niet aanstonds en zonder meer meebrengt dat - "in zoverre" - sprake is van een publieke last.

3. Rechtens onjuist, althans ongenoegzaam gemotiveerd is hetgeen het hof in de r.o. 8 t/m 11 overweegt en waarbij het hof tot de slotsom komt dat de publiekrechtelijke regeling van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren een "privaatrechtelijke benadering zoals de Staat verlangt" uitsluit, omdat niet uit inhoud en strekking van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, noch uit haar totstandkomingsgeschiedenis en tenslotte evenmin uit hetgeen het hof in r.o. 10a t/m g heeft overwogen, (zonder meer) volgt/kan volgen dat het de Staat niet zou vrijstaan bij wege van privaatrechtelijke vergunning het gebruik van het water van het bedingen van een vergoeding afhankelijk te stellen.

Daaraan kan niet afdoen hetgeen het hof in r.o. 12 heeft overwogen met betrekking tot de financiële gevolgen c.a., en evenmin de omstandigheid dat andere bedrijven aan de Nieuwe Maas en de Nieuwe Waterweg "daardoor niet worden getroffen".

Voor zover het hof in r.o. 12 kennelijk heeft beoogd nog in te gaan op de in r.o. 8 bedoelde beginselen van behoorlijk bestuur is 's hofs oordeel rechtens onjuist en in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk, omdat de omstandigheid dat het voldoen van de vergoeding tot ernstige financiële problemen zal leiden niet zonder meer de gevolgtrekking rechtvaardigt dat de Staat door het bedingen van de vergoeding in strijd handelt met de beginselen van behoorlijk bestuur. Hierbij is van belang dat ook naar de opvatting van het hof in rechte niet vaststaat dat het bedingen van een vergoeding vrijwel zeker sluiting van het bedrijf tengevolge zal hebben. Evenmin is begrijpelijk het argument van het hof dat andere bedrijven geen vergoeding behoeven te voldoen nu het hof niet aangeeft waarom die andere bedrijven zich in een zo vergelijkbare positie zouden bevinden dat het bedingen van een vergoeding van verweerster in cassatie maar niet van die andere bedrijven in strijd zou zijn met de beginselen van behoorlijk bestuur.

4. Hetgeen het hof tenslotte in r.o. 13 overweegt is rechtens onjuist, althans ongenoegzaam gemotiveerd, omdat de door het hof vastgestelde omstandigheid, dat de op grond van art. 17 Wet verontreiniging oppervlaktewateren vast te stellen naheffingsvoorschriften, wat de niet-zuurstofbindende afvalstoffen (zoals afvalgips) betreft, nog niet zijn uitgevaardigd (zodat de onderhavige lozingen van publiekrechtelijke heffingen zijn gevrijwaard) - anders dan het hof oordeelt - meebrengt dat in het licht van de strekking van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren het bedingen van een vergoeding langs privaatrechtelijke weg bij het ontbreken van heffingen krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren toelaatbaar is. 's Hofs oordeel is ook daarom onjuist, omdat het hof dienaangaande treedt in een beoordeling die aan de wetgever is voorbehouden.

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiser tot cassatie - verder te noemen de Staat - heeft bij exploit van 4 juni 1985 verweerster in cassatie - verder te noemen Windmill - op verkorte termijn gedagvaard voor de Pres. van de Rb. te Rotterdam en gevorderd Windmill te verbieden uiterlijk vier weken na betekening van het te dezen te wijzen

vonnis gipsslurry te lozen of te doen lozen op het de Staat in eigendom toebehorende water, de Nieuwe Waterweg, zolang Windmill niet in het bezit is van een privaatrechtelijke vergunning tot het gebruik van dit water tegen betaling van een jaarlijkse vergoeding per m<sup>3</sup> geloosd gipsslurry van f 1,25. Nadat Windmill tegen de vordering verweer had gevoerd, heeft de Rb. bij vonnis van 22 nov. 1985 de vordering van de Staat afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft de Staat hoger beroep ingesteld bij het Hof te 's-Gravenhage.

Bij arrest van 21 jan. 1988 heeft het hof het bestreden vonnis van de Rb. bekrachtigd.

(...)

## 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld, waarna Windmill voorwaardelijk incidenteel beroep heeft ingesteld.

(...)

De conclusie van de A-G Mok strekt tot verwerping van het principaal beroep.

## 3. Beoordeling van de middelen

3.1. Bij de beoordeling van het middel in het principale beroep moet van het volgende worden uitgegaan:

- Windmill loost als eigenares van een fabriek die reeds gedurende vele jaren fosfaathoudende meststoffen produceert, jaarlijks een hoeveelheid afvalgips in slurryvorm in de aan de Staat in eigendom toebehorende Nieuwe Waterweg; het afvalgips is aan te merken als een niet-zuurstofbindende stof.

- Windmill heeft de hiervoor benodigde vergunningen, zowel krachtens de Rivierenwet als krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren.

- Er behoeft als gevolg van de lozingen niet meer of frequenter gebaggerd te worden dan zonder de lozingen het geval geweest zou zijn.

De Staat heeft tegen Windmill een verbod gevorderd de gipsslurry te lozen of te doen lozen op de Nieuwe Waterweg, zolang Windmill niet in het bezit is van een door de Staat als eigenaar van de Nieuwe Waterweg te verlenen "privaatrechtelijke vergunning" tot het gebruik van dit water tegen betaling van een jaarlijkse vergoeding van f 1,25 per kubieke meter geloosd gipsslurry. Daarbij heeft de Staat zich op het standpunt gesteld dat er tegen die lozingen op zichzelf geen bezwaar bestaat, maar dat het hem erom gaat voor die lozingen evenbedoeld bedrag in rekening te brengen.

Rb. en hof hebben deze vordering afgewezen.

3.2. In r.o. 11 heeft het hof geoordeeld dat de publiekrechtelijke regeling van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren "een privaatrechtelijke benadering zoals door de Staat verlangd" uitsluit. De onderdelen 3 en 4 komen hiertegen op. Bij de beoordeling hiervan moet het volgende worden vooropgesteld.

Het gaat hier om de vraag of de overheid, ingeval haar bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend, die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens het privaatrecht toekomende bevoegdheden, zoals aan het eigendomsrecht ontleende bevoegdheden, de bevoegdheid overeenkomsten naar burgerlijk recht te sluiten of de bevoegdheid een vordering op grond van een jegens haar gepleegde onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter in te stellen. Wanneer de betrokken publiekrechtelijke regeling daarin niet voorziet, is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist.

Daarbij moet o.m. worden gelet op inhoud en strekking van de regeling (die mede kan blijken uit haar geschiedenis) en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd, een en ander tegen de achtergrond van de overige geschreven en ongeschreven regels van publiek recht. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, zo zulks het geval is, dit een belangrijke aanwijzing is dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.

3.3. Tegen deze achtergrond kan over de Wet verontreiniging oppervlaktewateren dit worden gezegd. Uitgangspunt van de wet (art. 1) is dat het zonder vergunning van het bevoegde gezag - ten aanzien van oppervlaktewateren onder beheer van het Rijk (de minister van Verkeer en Waterstaat) - verboden is langs kunstmatige weg hinderlijke en schadelijke stoffen in oppervlaktewateren te brengen. In art. 1 in verbinding met hoofdstuk IV ligt besloten dat aan de vergunning niet als voorschrift betaling van een vergoeding kan worden verbonden. Wat betreft de rechtsbescherming is hier de Wet algemene bepalingen milieuhygiene van toepassing.

Nu het, zoals hiervoor in 3.1 is overwogen, de Staat erom gaat door middel van de "privaatrechtelijke vergunning" aan Windmill een heffing op te leggen, is in het bijzonder van belang hetgeen in hoofdstuk IV omtrent heffingen en bijdragen is bepaald. In art. 17 wordt o.m. aan de Staat (het Rijk) de

bevoegdheid gegeven ter bestrijding van de kosten van maatregelen tot het tegengaan en het voorkomen van verontreiniging van oppervlaktewateren heffingen in te stellen ten laste van - kort gezegd - degenen die afvalstoffen, verontreinigende of schadelijke stoffen lozen in oppervlaktewateren. De art. 18 en 19 bevatten een regeling omtrent de grondslag en maatstaf van deze heffingen, welke regelingen wat betreft oppervlaktewateren onder beheer van het Rijk zijn uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit verontreiniging rijkswateren. Art. 19 lid 7 bepaalt dat jaarlijks voor andere dan zuurstofbindende stoffen het per gewichtseenheid verschuldigde bedrag voor elke soort van deze stoffen bij AMvB wordt vastgesteld; de voordracht voor deze AMvB wordt ingevolge art. 19 lid 9 in verbinding met art. 1 lid 6 gedaan door de minister van Verkeer en Waterstaat in overeenstemming met de minister van Volksgezondheid en Milieuhygiene, de Raad van de Waterstaat gehoord. Ingevolge art. 20 lid 2 zijn op de heffing en invordering ten behoeve van het Rijk in beginsel o.m. de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken van overeenkomstige toepassing. En tenslotte heeft, zoals het hof in r.o. 10 uiteenzet, de wetgever ook ten aanzien van de heffingen en bijdragen een coördinerend beleid voor ogen gestaan.

3.4. Een en ander noopt tot de slotsom dat de regeling van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist wanneer de Staat, die als beheerder van een oppervlaktewater als de Nieuwe Waterweg aan de Wet verontreiniging oppervlaktewateren de bevoegdheid ontleent tot het verlenen van vergunning voor en het instellen van een heffing terzake van lozing in dat water van in die wet bedoelde stoffen, op grond van zijn eigendom van dat water bevoegd zou zijn om die lozing afhankelijk te stellen van zijn al dan niet, of eventueel slechts tegen betaling te verlenen toestemming. In het bijzonder is onaanvaardbaar dat de Staat op deze wijze de regeling omtrent de grondslag, de maatstaf en het bedrag van de heffing zou kunnen ontgaan en dat het krachtens de Wet verontreiniging oppervlaktewateren bij vergunningverlening en heffing voorziene stelsel van rechtsbescherming - dat de burger meer waarborgen biedt dan het privaatrecht - buiten toepassing zou moeten blijven. Voorts zou afbreuk worden gedaan aan de door de Wet verontreiniging oppervlaktewateren voorziene bevoegdheidsverdeling binnen de overheid, terwijl, zoals het hof heeft uiteengezet, de coördinatie van beleid in het gedrang zou kunnen komen.

In het midden kan hierbij blijven of al het vorenstaande ook zou gelden als de lozing tot extra-baggerkosten voor de Staat zou leiden. Vaststaat immers dat dit geval zich niet voordoet.

Op het vorenstaande stuit onderdeel 3 af.

3.5. Aan de slotsom dat de Wet verontreiniging oppervlaktewateren op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist door gebruikmaking van het eigendomsrecht doet niet af dat de op grond van art. 17 lid 7 vast te stellen heffingsvoorschriften, wat de niet-zuurstofbindende stoffen betreft, nimmer zijn uitgevaardigd, zodat de onderhavige lozingen, die betrekking hebben op zulke niet-zuurstofbindende stoffen, voorshands niet door heffingen worden getroffen. Weliswaar brengt dit mede dat de Staat vooralsnog niet op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als hij op grond van zijn eigendomsrecht zou kunnen bereiken, maar dit doet hier niet terzake. Dit is immers uitsluitend het gevolg van de omstandigheid dat deze heffingsvoorschriften nog steeds niet door de Staat tot stand zijn gebracht, een omstandigheid die aan de Staat is toe te rekenen en die niet strookt met de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, die klaarblijkelijk ervan uitgaat dat deze heffingsvoorschriften binnen betrekkelijk korte tijd na de inwerkingtreding van de wet tot stand zouden worden gebracht.

Onderdeel 4 faalt derhalve eveneens.

3.6. De onderdelen 1 en 2 richten zich tegen r.o. 7, waarin het hof - kort samengevat - oordeelt dat op de Nieuwe Waterweg een publieke last rust op grond waarvan de eigenaar moet dulden dat afvalstoffen van organische aard en chemische afvalstoffen worden geloosd. Deze onderdelen behoeven geen behandeling, wat er ook zij van 's hofs oordeel. In hetgeen hiervoor is overwogen ligt immers besloten dat de Staat, wanneer hij, zoals hier aan Windmill, op grond van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren een vergunning tot lozing van bepaalde stoffen in de Nieuwe Waterweg heeft verleend, ook in zijn hoedanigheid van eigenaar van de Nieuwe Waterweg heeft te dulden dat die stoffen door de vergunninghouder worden geloosd.

3.7. Nu het principale beroep niet tot cassatie kan leiden, is niet voldaan aan de voorwaarden waaronder het incidentele beroep is ingesteld. Dit beroep behoeft derhalve geen behandeling.

Conclusie: A-G Mr. Mok

## 1. Feiten

1.1. Windmill, verweerster in cassatie, exploiteert op een terrein aan de Nieuwe Waterweg te Vlaardingen een fabriek van fosfaathoudende meststoffen. Zij loost afvalgips in de vorm van slurry (Dit Engelse woord betekent (afgaand op de Concise Oxford Dictionary): een vloeibaar mengsel van

substanties.) op de Nieuwe Waterweg. Sedert 1980 geschiedt dit gewoonlijk door middel van een pijpleiding, maar incidenteel ook wel per schip.

Tot het verrichten van deze lozingen bezit Windmill de benodigde vergunningen op grond van de Rivierenwet en de Wet verontreiniging oppervlaktewateren (WVO) (Wet van 13 nov. 1969, Stb. 536, in werking treding 1 dec. 1970.).

1.2. In de procedure staat vast dat het geloosde gips in het rivierwater oplost en daarom voor de Staat geen extra baggerkosten ten gevolge heeft. Bij pleidooi in hoger beroep heeft de Staat uitdrukkelijk erkend (Aldus heeft het hof in zijn bestreden arrest (r.o. 3) feitelijk vastgesteld. Gezien de pleitnotities in appel van de landsadvocaat (waarin niets van deze aard te lezen is) zal die erkenning uitsluitend mondeling zijn geschied.) dat niet meer of frequenter behoeft te worden gebaggerd dan zonder de lozingen het geval zou zijn geweest.

1.3. Voor lozingen als hier in het geding zijn, kan op grond van art. 17 e.v. WVO een heffing ten behoeve van het Rijk worden opgelegd. Een AMvB, als bedoeld in het zevende lid van art. 19 ter bepaling van het jaarlijks verschuldigde bedrag per gewichtseenheid, is voor niet-zuurstofbindende stoffen als gips niet vastgesteld.

De Staat heeft echter als eigenaar van de Nieuwe Waterweg aan Windmill op 1 maart 1977 een privaatrechtelijke vergunning voor het lozen van gips verleend, tegen een vergoeding variërend van f 0,40 tot f 0,10 per m<sup>3</sup> geloosd gips (Het hof zegt in r.o. 4 dat die vergoeding (althans aanvankelijk) als een soort baggervergoeding werd gepresenteerd, hoewel de onderhavige lozingen geen extra baggerkosten meebrengen. De rechtbank heeft (r.o. 2.3.) echter vastgesteld: "Aanvankelijk was de samenstelling van de gipsslurry van dien aard dat er wel zodanige ophoping op de rivierbodem ontstond, dat de Staat baggerkosten moest maken.").

Per 1 jan. 1980 heeft de Staat de privaatrechtelijke vergunning ingetrokken. De Staat was wel bereid een nieuwe vergunning te verlenen, doch slechts tegen betaling door Windmill van een vergoeding van f 1,25 per m<sup>3</sup> geloosd gips. Windmill heeft dat geweigerd en die weigering is de aanleiding tot de onderhavige procedure geweest.

## 2. Verloop procedure

2.1. De Staat heeft Windmill gedagvaard in k.g. voor de Pres. Rb. Rotterdam met de vordering van een verbod tot lozing van gipsslurry in de Nieuwe Waterweg, zolang Windmill niet in het bezit van een (nieuwe) privaatrechtelijke vergunning zou zijn.

De Pres. heeft pp. naar de gewone terechtzitting verwezen met verlening van verlof tot dagvaarding op verkorte termijn.

2.2. De Rb. heeft de vordering afgewezen. Haar argumentatie kwam hierop neer dat het belang van de Staat om over zijn eigendommen (nl. de Nieuwe Waterweg) te beschikken om inkomen te verwerven, niet beslissend was. De Staat heeft volgens de Rb. de eigendom van de rivierbodem en de stroom in het publiek belang gekregen en dient de eigendomsrechten derhalve in het publiek belang uit te oefenen (Het vonnis van de Rb. in de parallelle zaak Staat/UKF is gepubliceerd in Milieu en recht 1986, p. 53, m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rode.).

2.3. Van dit vonnis is de Staat in hoger beroep gekomen bij het Hof in Den Haag en daarbij is het gehele geschil, zoals het hof heeft vastgesteld, "ter integrale beoordeling" aan het hof voorgelegd.

Het hof heeft - kort samengevat - overwogen dat de publiekrechtelijke regeling van de WVO een privaatrechtelijke benadering, zoals door de Staat verlangd, uitsluit. Het heeft het vonnis van de Rb. bekrachtigd (Het arrest van het hof is gepubliceerd in Bestuursrecht 1988, 509. Het arrest in de parallelle zaak Staat/UKF is gepubliceerd in M en R 1988/9, p. 354, m.nt. P.W.A. Gerritzen-Rode.).

2.4. De Staat heeft tegen het arrest van het hof tijdig beroep in cassatie ingesteld, welk beroep steunt op een uit vier onderdelen bestaand middel. Windmill heeft voorwaardelijk incidenteel beroep in cassatie ingesteld, onder aanvoering van een tweetal middelen.

Aangezien het eerste incidentele middel de verste strekking heeft, zal ik daaraan - ondanks het voorwaardelijk karakter van het incidenteel beroep - allereerst enige woorden wijden.

## 3. Eigendomsrecht stroom (incidenteel middel I)

3.1. Het hof is er in de r.o. 5-8 van uitgegaan dat de Staat eigendomsrechten heeft op de Nieuwe Waterweg als openbaar vaarwater.

Incidenteel middel I, zoals nader schriftelijk toegelicht, komt hiertegen op met twee argumenten:

a. ook al is de Staat eigenaar van de rivier, hij is niet de eigenaar van het water dat daar doorheen stroomt;

b. volgens het NBW zal de Staat ook geen eigenaar van de stroom meer zijn.

3.2. Naar geldend recht (art. 577 BW) is de Staat eigenaar van de bevaarbare stromen en rivieren, doch niet van het (niet individualiseerbare) water als substantie.

Lozingen op openbaar vaarwater gelden als aantasting van de eigendom van de stroom (HR 19 jan. 1962 (Staat/Huizen), NJ 1962, 151, m.nt. J.H. Beekhuis; HR 10 jan. 1964 (Huizen/Staat), NJ 1964, 466, m.nt. J.H. Beekhuis. Zie voorts Asser-Beekhuis, Zakenrecht II, 1983, p. 88 e.v. in het bijzonder p. 93, Asser-Beekhuis, Zakenrecht I, 1985, p. 51 (nr. 72).) en daarvan is de Staat eigenaar, zodat hij zich, wat dit aspect betreft, tegen dergelijke lozingen kan verzetten.

3.2. Volgens art. 27 Boek 5 (5.3.7a) NBW wordt de grond waarop zich openbare vaarwateren bevinden, vermoed eigendom van de Staat te zijn. Uit art. 5:20 (5.3.1.) NBW blijkt echter dat dit, anders dan naar huidig recht, niet meer de eigendom van dat vaarwater zelf (de stroom) zal meebrengen.

Het is de onmiskenbare bedoeling van de wetgever geweest in dit opzicht de regel van art. 577 van het huidige BW aan te passen voor gevallen waarin de stroom als zodanig niet in de macht van de grondeigenaar is (MvA II, Van Zeben, Parlementaire geschiedenis Boek 5, p. 122.). Indien daaruit zou volgen dat naar komend recht de Staat zich als eigenaar niet meer tegen lozingen op openbaar vaarwater zal kunnen verzetten, dan zou het komende recht niet voor anticipatie in aanmerking komen. Het nieuwe recht betekent dan immers een breuk met het geldende, terwijl niet gezegd kan worden dat het nieuwe recht aansluit bij de ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen (HR 7 maart 1980 (stierkalf), NJ 1980, 353, m.nt. G.J. Scholten; A.M.J. van Buchem-Spapens, Anticipatie, Mon. NBW. A-23, 1986, p. 45 e.v. (in het bijzonder "vuistregels" 1 en 5, p. 45 en p. 49); E.H. Hondius in Kwartaalbericht NBW 1986, p. 97.).

Of het komende recht werkelijk de genoemde consequentie zal hebben, kan in het midden blijven, waarbij ik alleen opmerk dat men voor een andersluidende opvatting steun kan zoeken in de art. 5:21 (5.3.2.) en 5:40 (5.4.3.) NBW.

3.3. Uit het bovenstaande volgt dat het middel, zou het aan de orde komen, geen doel zou treffen.

#### 4. Publieke bestemming; publieke last (onderdelen 1 en 2 van het principale middel)

4.1. De onderdelen 1 en 2 van het principaal voorgestelde middel hangen nauw samen. Zij richten zich tegen de r.o. 6 en 7 van het bestreden arrest.

In r.o. 6 stelt het hof de vraag of de op een openbaar vaarwater rustende publieke last met zich meebrengt dat de eigenaar zal moeten dulden dat daarin afvalstoffen worden geloosd. In r.o. 7 beantwoordt het hof die vraag in beginsel bevestigend, met als motivering dat openbare wateren vanouds, c.q. al vele jaren, mede voor de opvang en het transport van afvalstoffen worden gebruikt. Volgens onderdeel 1 rust een publieke last, als door het hof bedoeld, niet zonder meer op openbare wateren, althans op de Nieuwe Waterweg.

Onderdeel 2 voegt hier aan toe dat het hof (ten onrechte) zijn oordeel niet heeft doen steunen op een bestemming die de Staat aan de Nieuwe Waterweg zou hebben gegeven, maar op een bestemming die alle openbare wateren vanouds zouden bezitten. Het middel acht dit niet in overeenstemming met het eigendomsrecht van de Staat. Bovendien zou de enkele omstandigheid dat afvalstoffen "van oudsher" dan wel, voor wat betreft chemische afvalstoffen, reeds vele jaren op grote schaal in openbare wateren worden geloosd, niet meebrengen dat in zoverre sprake is van een publieke last.

4.2.1. Het belang van de eerste twee onderdelen van het principale middel lijkt mij beperkt, hetgeen samenhangt met de opbouw van het bestreden arrest. Die opbouw vat ik als volgt samen:

- a. een overheidslichaam mag haar eigendomsrechten in beginsel ook tot het dienen van zuiver budgettaire belangen aanwenden (r.o. 5);
- b. i.c. gaat het echter om een openbaar vaarwater met een publieke bestemming; nagegaan moet daarom worden of daarop een publieke last rust, die meebrengt dat de eigenaar moet dulden dat daarin afvalstoffen worden geloosd (r.o. 6);
- c. de voorgaande vraag moet bevestigend worden beantwoord, omdat dergelijke afvalstoffen al lang op dergelijke wateren worden geloosd; om deze reden moet de Staat de lozing van afvalgips op de Nieuwe Waterweg door Windmill in beginsel dulden (r.o. 7);
- d. desondanks moet de Staat de betrokken belangen afwegen; dat kan ook leiden tot het bedingen van een vergoeding, mits de beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen (r.o. 8);
- e. een dergelijk privaatrechtelijk optreden zou echter zijn uitgesloten indien zou blijken dat de wetgever in dezen slechts een publiekrechtelijke aanpak wenst; dat laatste is inderdaad het geval; uit het bestaan van de WVO, en de ontstaansgeschiedenis daarvan, blijkt dat een privaatrechtelijke benadering is uitgesloten (r.o. 9-11).

4.2.2. In wezen steunt het arrest van het hof op de hierboven sub e. samengevatte redenering.

Daartegen komt onderdeel 3 van het principale middel op. Zou dit middel gegrond worden verklaard, dan zou men terugvallen op de onder d. samengevatte overwegingen van het hof. Die leiden, althans kunnen leiden, tot een voor de Staat gunstig resultaat.



Evenwel wordt de sub d. samengevatte redenering (in r.o. 8) aangevallen in de incidentele middelen (die, als onderdeel 3 van het principale middel gegrond zou zijn, aan de orde zouden komen). Zou nu niet alleen onderdeel 3 van het principale middel, maar ook (tenminste) een van de incidentele middelen (waarvan de Staat kennelijk heeft voorzien dat zij voorgesteld zouden worden) gegrond worden verklaard, dan zou men terugvallen op de r.o. 6 en 7 (hierboven sub b en c samengevat). In die combinatie van veronderstellingen hebben de onderdelen 1 en 2 van het principale middel, die zich immers juist tegen de r.o. 6 en 7 keren, zin.

4.3. De opvatting van het hof in r.o. 6, volgens welke een op een openbaar vaarwater rustende publieke last met zich meebrengt (althans mee kan brengen) dat de eigenaar zal moeten dulden dat daarin afvalstoffen worden geloosd, lijkt in overeenstemming met de rechtspraak. In dit verband wijs ik met name op het arrest-Heesch/v.d.Akker (HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723, m.nt. M. Scheltema (zie in het bijzonder de nrs. 2, 3 en 4 van deze noot).

Zie voorts: HR 28 april 1961, 433; HR 19 jan. 1962 (Staat/Huizen), NJ 1962, 151 en HR 10 jan. 1964 (Huizen/Staat), NJ 1964, 466, beide m.nt. J.H. Beekhuis en beide met in verband met de onderhavige zaak lezenswaardige conclusie van de toenmalige P-G Langemeijer; HR 13 april 1962 (Kruseman/Amsterdam), NJ 1964, 366, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh; HR 19 jan. 1968, NJ 1968, 166, m.nt. G.J. Scholten en ten slotte een passage in r.o. 3.4. van HR 25 april 1986, NJ 1986, 714, m.nt. W.C.L. v.d. Grinten.), r.o. 3.2.1. en 3.2.2.

Ook in de literatuur is voor deze opvatting steun te vinden (Zie o.m.: H.P.J.A.M. Hennekens, De openbare weg en het privaatrecht, diss. KUN, 1977, i.h.b. p. 47 e.v.; A.Q.C. Tak, Overheidsbestuur en privaatrecht, 1978, p. 240 e.v.; P. Nicolai in Duk-Loeb-Nicolai, Bestuursrecht, 1981, p. 277 e.v., m.n. 283; P. de Haan in De Haan-Drupsteen-Fernhout, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat I, 1986, p. 364; A.M. Donner, Nederlands Bestuursrecht, algemeen deel, 1987, p. 178 e.v. en J.C.E. Ackermans-Wijn, Contracten met de overheid, diss. KUN, 1989, p. 184 e.v.).

Dat, zoals onderdeel 1 in fine tegenwerpt, een publieke last niet zonder meer op openbare wateren of op de Nieuwe Waterweg rust, tast het door het hof in r.o. 7 overwogene niet aan. Het hof heeft dat ook niet gezegd, maar een dergelijke last gebaseerd op een vanouds, althans reeds vele jaren, bestaande gewoonte.

Een dergelijke gewoonte, die het hof klaarblijkelijk van algemene bekendheid heeft geacht, kan ertoe leiden dat de eigenaar daarop berustende gedragingen, die zijn recht beperken, in beginsel moet dulden (Vgl. HR 19 maart 1915, NJ 1915, p. 691 en HR 12 jan. 1923, NJ 1923, p. 307.).

4.4. Gezien dit alles kom ik tot de slotsom dat de onderdelen 1 en 2 van het principaal voorgestelde middel geen doel treffen.

## 5. De WVO (onderdelen 3 en 4 van het principale middel).

5.1. Onderdeel 3 is gericht tegen de r.o. 8 (of 9?) t/m 11, waarvan de essentie hierboven (4.2.1., sub e) is weergegeven.

5.2. De vraag waar het hier om gaat, is of de Staat, als eigenaar van rijkswateren, ook na de totstandkoming van de WVO, privaatrechtelijke middelen mag aanwenden om verontreiniging van zulke wateren te bestrijden.

Voor zover ik kon nagaan is de door de HR o.m. in het arrest-Hogeloon (HR 2 febr. 1966, NJ 1966, 415, m.nt. N.J. Polak; zie ook het in noot 10 al genoemde arrest 19 jan. 1968, NJ 1868, 166, m.nt. G. J. Scholten.) gehuldigde "twee-wegenleer" (daargelaten of deze niet inmiddels verlaten is (Dat die leer verlaten is, verdedigt Scheltema in zijn noot, sub 2 en 3, onder het in noot 10 genoemde arrest-Heesch/v.d. Akker (NJ 1986, 723) met vermelding van verdere jurisprudentie en literatuur.), na de totstandkoming van de WVO, nimmer toegepast in verband met de bestrijding van de verontreiniging van oppervlaktewater.

5.3. De WVO bepaalt niet uitdrukkelijk dat zij exclusieve werking heeft. De parlementaire geschiedenis, in het bijzonder de MvT, (Kamerst. 7884, nr. 3.) bevat echter wel aanwijzingen dat in die richting is gedacht.

Op p. 9 rk. van deze memorie is gesteld dat de bescherming van de onder beheer van het Rijk staande wateren vrijwel geen steun vindt in de daarvoor geldende wetten en reglementen. Op p. 10 lk. bovenaan wordt daaraan toegevoegd dat een actie van de eigenaar van het water tegen onrechtmatige verontreiniging niet als een middel kan worden aangemerkt, dat tot een algemene oplossing kan leiden. In een passage op p. 10 rk. onderaan, doorlopend op p. 11, wordt duidelijk gemaakt dat het de bedoeling was dat het Rijk voortaan, door toepassing van de WVO, invloed zou uitoefenen op de grote lijnen van het (anti-)verontreinigingsbeleid.

Op p. 11 rk. van de MvT wordt het beoogde stelsel dan als volgt samengevat:

"Het wetsontwerp beoogt niet voor te schrijven op welke wijze en in welke mate verontreiniging van oppervlaktewateren moet worden bestreden, doch het heeft de strekking de mogelijkheden tot die

bestrijding te activeren en te coördineren, alsmede zekerheid te verschaffen dat alom genoegzame regeling zal bestaan om die bestrijding ook doelmatig te kunnen aanvatten.

Tevens heeft het tot doel een algemeen werkende publiekrechtelijke grondslag te verlenen aan de bevoegdheid om verontreiniging van rijkswateren te kunnen tegengaan, welke bevoegdheid tot dusverre geen wettelijke basis had gevonden.

(...)"

Uit de MvA II (Kamerst., nr. 5, p. 9 rk., 1e volle al.) blijkt dat, op grond van de wenselijkheid van eenheid, in het wetsontwerp een belangrijk aantal uniform geldende voorschriften was vastgelegd "met betrekking tot de vergunningverlening, de mogelijkheden van beroep, de instelling van heffingen en andere belangrijke aangelegenheden".

Tijdens de openbare behandeling van het ontwerp van de WVO heeft de toenmalige minister van V en W, Bakker, als zijn opvatting naar voren gebracht dat de wet exclusieve werking zou dienen te hebben (Handelingen Tw. Kamer 11 juni 1968, p. 2447 lk onderaan.). Hij voegde daaraan toe dat het eindoordeel daarover de rechter toekwam. (Dat neemt niet weg dat de wetgever de exclusieve werking van de wet ook expliciet in die wet zelf had kunnen neerleggen.)

Het hof is in r.o. 10, sub a-e, uitvoerig op de wetgeschiedenis ingegaan.

5.4. Zoals in par. 1.3. vermeld, kan voor de lozing in rijkswateren van afvalstoffen als gips op grond van art. 17 WVO een publiekrechtelijke heffing worden opgelegd, maar is de daarvoor vereiste AMvB op grond van art. 19, lid 7 van die wet tot dusverre niet tot stand gekomen.

Zou zo'n AMvB tot stand worden gebracht, dan geldt op grond van art. 19 lid 9 io. art. 1 lid 6 de volgende procedure. De voordracht wordt, na het horen van de Raad van de Waterstaat, gedaan door de minister van Verkeer en Waterstaat, in overeenstemming met de minister van (thans) Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer. Uiteraard moet zo'n voordracht de Ministerraad passeren en moet daarover het advies van de RvS worden ingewonnen.

Op heffingen ingevolge zo'n AMvB zijn volgens art. 20 lid 2 WVO (o.m.) de Algemene wet inzake rijksbelastingen en de Wet administratieve rechtspraak belastingzaken van toepassing. Tegen oplegging van een heffing kan een bezwaarschrift worden gericht, met de mogelijkheid van beroep op het hof (belastingkamer) tegen de uitspraak op het bezwaar en met de mogelijkheid van beroep in cassatie tegen de uitspraak van het hof.

Een privaatrechtelijke vergunningseis en een daaraan gekoppelde vergoedingsverplichting als de litigieuze kunnen door de minister van Verkeer en Waterstaat alleen worden vastgesteld. Het is zelfs denkbaar dat dit gebeurt wanneer (en omdat) over de totstandbrenging (en de inhoud) van een AMvB op grond van de WVO geen overeenstemming, bijv. tussen de beide rechtstreeks betrokken bewindslieden, is bereikt.

De rechtsbescherming is bij een privaatrechtelijke regeling van veel geringer gehalte. Zoals de onderhavige zaak demonstreert, kunnen de betrokkenen wel tegen de regeling zelf opkomen bij de burgerlijke rechter. Wordt die regeling echter geldig geacht, dan zal het niet eenvoudig zijn de concrete oplegging van een heffing (de "aanslag") voor de burgerlijke rechter met succes aan te vechten, in elk geval moeilijker dan het geval is ten aanzien van een publiekrechtelijke heffing door een beroep op de belastingrechter (De raadsman van Windmill in cassatie noemt in zijn schriftelijke toelichting inzake de parallelle zaak Staat/UKF (DSM Agro), p. 48, een reeks arresten van de HR (derde kamer) waaruit de wijze van toetsing blijkt.). Ik verwijs ook naar het bestreden arrest, r.o. 10 sub g slot.

Voorts merk ik nog op dat het niet mogelijk is de verlening van een lozingsvergunning op grond van de WVO (zoals vermeld, bezit Windmill zo'n vergunning) afhankelijk te stellen van het voldoen van een "vergoeding"; dit volgt uit art. 1 lid 5 WVO. (Vgl. ook verslag van een mondeling overleg, tevens eindverslag, kamerst. 7884, nr. 9, p. 12 rk, punt 42, sub d en p. 15 lk, 1e volle al.). Ten aanzien van de, niet wettelijk geregelde, privaatrechtelijke vergunning blijkt de Staat een ander standpunt in te nemen. Met het bovenstaande zijn de nadelen van een privaatrechtelijke regeling gedemonstreerd, maar niet uitputtend beschreven; zie ook de uiteenzettingen van het hof in r.o. 10. De genoemde nadelen lijken mij voldoende voor de gevolgtrekking dat het niet de bedoeling van de wetgever geweest kan zijn, en ook niet in het stelsel van de rechtsstaat zou passen, dat in plaats van of naast de vergunning en heffing van de WVO een vergunning annex vergoeding op privaatrechtelijke grondslag zou kunnen worden geeist.

Enige steun voor die opvatting is ook te vinden in het recente arrest Staat/Benckiser (HR 14 april 1989, RvdW 1989, 107, r.o. 4.3. Het ging daar overigens om privaatrechtelijke middelen van geheel andere aard (nl. een actie uit onrechtmatige daad) dan hier aan de orde zijn.). Het hof is er, gezien de art. 17 e.v. WVO terecht, van uitgegaan dat de Staat hier met publiekrechtelijke middelen een vergelijkbaar resultaat had kunnen bereiken.

Anders gezegd: ook indien de twee-wegenleer nog zou gelden (quod non m.i.) dan zou deze, gezien het bestaan, de strekking en de mogelijkheden van de WVO, toch niet op een situatie als de onderhavige

mogen worden toegepast (Vgl. ook Ackermans-Wijn (t.a.p. zie noot 10), p. 189.). Ook in de twee-wegenleer behoort de privaatrechtelijke weg de overheid geen instrument te bieden om de procedures en waarborgen van de publiekrechtelijke te ontlopen.

5.5. Zie voor literatuur: J. Schuurman, De prijs van water, diss. EUR 1988., in het bijzonder p. 5 en p. 53 e.v., met verdere gegevens in de noten en de literatuurlijst.

5.6. Voor zover onderdeel 3 zich richt tegen r.o. 12 faalt het reeds daarom omdat die overweging ten overvloede is gegeven ("Het bovenstaande klemt (...) te meer ...")

Overigens heeft het hof aldaar m.i. niet zozeer het oog op schending van beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, als wel op het (door het kiezen van een privaatrechtelijke weg) te kort doen aan het met de WVO beoogde gecoördineerde beleid.

5.7. Onderdeel 4 betoogt ten slotte dat de omstandigheid dat op de WVO gebaseerde heffingsvoorschriften nog niet zijn uitgevaardigd, meebrengt dat het bedingen van een vergoeding langs privaatrechtelijke weg toelaatbaar is.

Voor dat standpunt zou wellicht iets te zeggen zijn voor een overgangperiode waarin, kort na de inwerkingtreding van de wet, uitvoeringsbesluiten nog in voorbereiding zijn. De WVO is echter in werking getreden op 1 dec. 1970, terwijl de feiten die tot de onderhavige procedure hebben geleid, op 1 jan. 1980 een aanvang hebben genomen. Van een overgangperiode, als hierboven bedoeld, kon toen niet meer worden gesproken.

Thans (de noodzakelijke uitvoeringsmaatregelen voor een heffing wegens lozing van de desbetreffende produkten op rijkswateren zijn er nog altijd niet) is dat nog minder het geval. Ambtelijke molens malen wel langzaam, maar niet zo langzaam. De veronderstelling ligt voor de hand dat de voorbereiding van de nodige uitvoeringsmaatregelen, in het bijzonder de AMvB bedoeld in art. 19 lid 7 WVO op moeilijkheden is gestuit. Het gaat dan niet aan deze te ontlopen door het kiezen van de gemakkelijker privaatrechtelijke weg. Ik verwijs naar hetgeen ik hiervoor (par. 5.4.) heb betoogd.

5.8. Ook de onderdelen 3 en 4 van het principaal voorgestelde middel zijn m.i. ongegrond.

## 6. Het tweede incidentele middel

6.1. In mijn hierboven verdedigde opvatting volgens welke het middel, waarop het principale beroep steunt, in al zijn onderdelen faalt, behoeven de incidentele middelen, gezien het voorwaardelijk karakter van het incidentele beroep, geen bespreking meer.

Het eerste incidentele middel is overigens (hierboven, nr. 3) al besproken.

6.2. Incidenteel middel II is niet alleen voorwaardelijk omdat het uitdrukkelijk als zodanig is voorgedragen, maar ook naar zijn aard. Dat hangt samen met de, hierboven in par. 4.2.1. beschreven, opbouw van het bestreden arrest.

Tussen de expliciete en de impliciete voorwaarde bestaat enig verschil. De impliciete voorwaarde houdt m.i. in dat de onderdelen 3 en 4 (m.n. 3) van het principale middel gegrond worden geacht. Incidenteel middel II richt zich nl. tegen (een gedeelte van) r.o. 8. Die rechtsoverweging krijgt pas dragende betekenis bij het wegvallen (door het slagen van daartegen gerichte cassatieklachten) van de r.o. 9-11.

Aangezien de onderdelen 3 en 4 van het principale middel naar mijn inzicht niet slagen, heeft Windmill bij het tweede incidentele middel, zelfs indien dat niet voorwaardelijk zou zijn voorgesteld, geen belang. (Daarbij blijft het verweer-ondersteunende karakter van het middel t.a.v. het principale beroep uiteraard buiten beschouwing.)

## 7. Conclusie

De conclusie luidt tot verwerping van het principaal beroep, met veroordeling van de Staat in de cassatiekosten.