

De Wet bewijsvermoeden gaswinning Groningen, laatste bedrijf. Zal krom recht tot recht gebogen worden in de Senaat? - De Groningers beven

J.M. van Dunné*

[Versie: 2 nov. 2016]

1. Inleiding. Stand van zaken Wijziging Mijnbouwwet. Algemene opmerkingen

De Wijziging Mijnbouwwet 2003, het stuk over de omkering bewijslast, ligt op dit moment bij de Eerste Kamer ter behandeling, onder een nieuwe naam: “Wet bewijsvermoeden gaswinning Groningen”. Hoe is het daar terecht gekomen?

Eind december 2014 heb ik in dit blad aandacht gevraagd voor de werking van de Mijnbouwwet 2003 bij de schade-problematiek als gevolg van de gaswinning die de provincie Groningen al jaren in zijn greep houdt.¹ Dat wil zeggen het falen van die wet op dat gebied. Een wet die weer in beeld gekomen is met de wetwijziging in het kader van implementatie van een Europese richtlijn over veiligheid in de off-shore gas- en oliewinning. Enkele Kamerfracties hebben namelijk die gelegenheid aangegrepen om enige bekende zwakke plekken in de nieuwe mijnwet te herstellen. Met succes: op 28 april 2015 werden Kamerbreed (op de partij van minister Kamp, VVD, na) twee amendementen aanvaard op het gebied van omkering van de bewijslast bij mijnbouwschade en de informatieplicht van de mijnexploitant.² Onderwerpen die van groot belang zijn voor benarde schadelijdende partijen in het gaswinningsgebied en die de wetgever van 2003 met opzet buiten de wetgeving had gehouden, onder de stevige hand van een minister van dezelfde partij als de huidige bewindsman, Jorritsma. Ook toen heb ik voor deze problematiek aandacht gevraagd in dit blad, in een artikel van 2002.³

Het leek erop dat met de aanvaarding van de bedoelde amendementen eind april 2015 door het parlement orde op zaken is gesteld op dit terrein. Maar zo dacht de minister van EZ er bepaald niet over, en zo snel gaf hij zich niet gewonnen. In een brief van april 2015 had de minister al direct de Tweede Kamer ontraden om zich op die wijze over de bewijslastverdeling bij mijnschade uit te spreken, waar hij zich absoluut niet in kon vinden. Verder kondigde hij aan om hierover, gezien het verstrekkende karakter van de amendementen in verhouding tot het algemene aansprakelijkheidsrecht, advies zou gaan inwinnen bij de Raad van State, Afdeling advisering.

Aldus gebeurde, op 7 oktober 2015 bracht de Afdeling dat advies uit, dat op 16 november 2015 bij de Tweede Kamer ingediend werd.⁴ En wat de minister al had gedacht: de Raad van State was met grote juridische bezwaren tegen de amendementen gekomen en adviseerde

-
- J.M.van Dunné is emeritus hoogleraar Privaatrecht, EUR; de hier genoemde publicaties zijn te vinden op zijn website: www.esl.eur.nl/normatieveuitleg

¹ “Mijn en dijn in de Mijnbouwwet 2003”, *NJB* 2014, 44/45; “Een koperen jubileum van de nieuwe Mijnbouwwet”, *TGMA* 2014-4.

² TK 34 014, Jan Vos (PvdA)/Ouwehand (PvdD), amend. nr. 12; Smaling (SP), amend. nr. 35. Wetsvoorstel 34 390 (Novelle) heeft als roepnaam gekregen: ‘Wet bewijsvermoeden gaswinning Groningen’; wetsvoorstel 34 348 had als titel: ‘Wijziging van de Mijnbouwwet (versterking veiligheidsbelang mijnbouw en regie opsporings-, winnings- en opslagvergunningen)’.

³ *NJB* 2002, p. 560; vgl. ook *TMA* 2002, p.50; 91.

⁴ Bijlage bij brief minister Kamp, 16 nov. 2015 (vgl. 34 3041, nr. 40). N.B.: er is ook een later advies, 34 390, nr. 4, waarnaar in de MvT verwezen wordt door de minister (34.390, nr. 3), dat gaat echter enkel over enkele formele aspecten van het wetsontwerp.

vergaande beperkingen op de bij amendement voorgestelde wetsbepalingen Deze werden door de minister met nauw verholen vreugde overgenomen en aan de Kamer voorgelegd. Op het gebied van de omkeringsregel leidde dat tot de inperking, dat bij de te vergoeden schade slechts *fysieke* schade aan gebouwen en werken in aanmerking konden komen, alsook dat het toepassingsgebied van de nieuwe regel beperkt werd tot het gebied Groningenveld, nader uit te werken bij AmvB.⁵

Groot tumult volgde – ook weer vrijwel Kamer-breed - bij de behandeling van de Novelle waarmee de minister eind januari kwam om het amendement te kortwieken, in de vaste Commissie van EZ van de Tweede Kamer in februari van dit jaar.

Maar de leden van de Commissie telden hun knopen. In juli van dit jaar kozen Jan Vos/Ouwehand (indieners van het succesvolle Amendement Nr. 12) eieren voor hun geld: door water in de wijn te doen, kregen zij de steun van 4 andere partijen met het amendement, nr. 21.⁶ In een poging om nog iets binnen boord te houden gingen zij daarin mee met de halsstarrige minister van EZ op het punt van ‘fysieke schade’ als enige grond voor schadevergoeding. Ook de beperking tot het Groningenveld werd geslikt, maar zij konden wel enige winst halen uit een aanpassing van het ‘effectgebied’, dat niet aan de hand van de ‘contouren’ van gaswinningsgebied bepaald wordt noch door een AmvB, zoals de minister wilde, maar door middel van een algemene formule: “schade die naar haar aard redelijkerwijs schade door beweging van de bodem” als gevolg van mijnbouw zou kunnen zijn. Deze soepele formulering lijkt ontleend te zijn aan de Engelse mijnwet uit 1994, en bepaald niet aan de Duitse Mijnwet van 1982, zie daarover nog onder, in par. 4.

Nu is de Eerste Kamer dus aan zet. Ik kan niet zeggen dat mijn verwachtingen hoog gespannen zijn, gezien het Voorlopig Verslag van de vaste commissie voor EZ van 20 september jl.⁷ De VVD steunt haar weer minister door dik en dun, CDA heeft lof voor de “zorgvuldige voorlichting van de Raad van State” en de aanpassing van het amendement-Vos/Ouwehand in de Novelle; zij maakt zich zorgen over juridisering van het schadedossier en over de ontbrekende rechtszekerheid bij de afbakening van het ‘effectgebied’ (N.B.: voor exploitanten!). D66 vindt het maar een “uitzonderlijk juridisch construct”, die omkeringsregel en vraagt de minister om een “gedegen juridische onderbouwing” ervan, en verder blijft het effectgebied onduidelijk. Wat dat laatste betreft hebben alleen de SP en Groen Links bezwaren tegen de beperking van de omkeringsregel tot de Provincie Groningen. De Partij van de Dieren volstaat met naar de evaluatie te vragen, PvdA is onzichtbaar, want maakt geen deel uit van de Commissie EZ.

De minister van EZ kwam op 7 oktober jl. met zijn MvA waarin hij wat kou uit de lucht neemt bij de Senaat.⁸ Het amendement over de omkeringsregel dat door Jan Vos (PvdA) was aangepast (tot nr. 21, gesteund door 5 andere partijen) bleek voor minister Kamp aanvaardbaar, als “redelijke uitwerking” van het oude amendement. Met de toevoeging: ‘fysieke schade’ als tegemoetkoming aan de minister accepteerde hij de nieuwe, flexibele formule ter vervanging van het ‘effectgebied’, vooral ook omdat dit – een tweede knieval van Jan Vos c.s. – toch beperkt bleef tot het Groningenveld. Daarmee werd immers “tegemeet

⁵ Op het amendement inzake de Informatieplicht (nr. 35, Smaling, SP) wordt hier niet verder ingegaan, dit amendement is tenslotte gesneuveld, na de kritiek van de Afdeling advisering RvSt. Een ongefundeerde kritiek, overigens, en een gemiste kans om aansluiting te krijgen met het recht van buurlanden en verdragen.

⁶ TK 2015-2016, 34 390, nr. 21, van PvdA en PvdD, mede ondertekend door GL, SP, CDA en D66. Polderen, dus.

⁷ EK 34 041, D, 20 sept. 2016.

⁸ EK 3401, E, 7 okt. 2016.

gekomen aan de opmerking van de Afdeling advisering over de noodzakelijke afbakening”, merkt de minister op. De deugdelijke juridische onderbouwing waar D66 naar vroeg, krijgt een gemakkelijk antwoord: daar heeft de Afdeling advisering nu juist in voorzien! De kritiek van SP en Groen Links op de uitzondering slechts voor Groningen wordt op dezelfde manier afgehandeld: volgens de Afdeling moet immers sprake zijn van een groot aantal gelijksoortige schadegevallen, en die heb je nu eenmaal alleen in Groningen.

Al met al wordt duidelijk dat minister Kamp blind vaart op het juridische kompas dat de Afdeling advisering van de Raad van State hem aangereikt had, en met succes, en anderzijds dat de Senaat blindelings lijkt af te gaan op wat de Afdeling in haar rapport aan juridische argumentatie aangevoerd heeft. Overigens was dit bij de Tweede Kamer geheel anders, en daar werden de stellingen van de Afdeling uitvoerig en gemotiveerd bestreden, echter zonder resultaat. De Senaatscommissie wekt echter niet de indruk daarvan kennis genomen te hebben. Maar het proces loopt nog: 8 november is de datum voor de laatste schriftelijke ronde, waarna het plenaire debat volgt.

Uit de beschreven gang van zaken in de Senaat wordt duidelijk van welke verstrekkende invloed de rapportage van de Afdeling advisering Raad van State over de juridische grondslagen voor de omkeringsregel is, na eerst het slotdebat in de Tweede Kamer eerder dit jaar beheerst te hebben. Het advies van de Afdeling vertoont echter ernstige gebreken, zowel van vooringenomenheid en partijdigheid, blijkend uit een uiterst selectief gebruik van bronnen, als met betrekking tot het juridische gehalte van het stuk. Zo werd met buitenlands mijnrecht sinds 1982 en Nederlandse jurisprudentie en doctrine op dit gebied sinds 1920 in het geheel geen rekening gehouden. Die materie bleef zelfs geheel onvermeld. Het advies wekt de indruk een ‘partij-advies’ te zijn, geheel op maat gesneden voor de aanvrager: de minister van EZ.

Deze boude stelling vraagt uiteraard om een onderbouwing, die hier zal volgen.⁹ Eerst nog een algemene opmerking over nut en noodzaak hiervan.

De Eerste Kamer beroept zich er regelmatig op, indien haar plaats en functie ter discussie gesteld wordt, dat zij als instelling van reflectie tot taak heeft om te midden van de waan van de dag de ‘kwaliteit van wetgeving’ te behoeden, als voornaamste bestaansgrond (intussen weten wij dat dit streven door de politieke werkelijkheid is ingehaald en men een rol op zich genomen heeft die moeilijk van een *Tweede* Tweede Kamer te onderscheiden is - een Senaat *à l’Americaine*). Ik zie het als een goed en noodzakelijk recht, als jurist en mijnbouwrecht-specialist, om de Eerste Kamer op haar taak aan te spreken, bij een maatschappelijk zo belangrijk thema als de vergoeding van mijnbouwschade, in Groningen, maar ook elders in ons land. Vandaar dit artikel, ook al is het vijf voor twaalf. Ook op andere terreinen is dat immers nooit een geldige reden voor lethargie, denk maar aan het klimaat op deze planeet.

Een tweede reden is dat dit wetsvoorstel, als het wet zou worden in deze vorm, een slechte leidraad is voor toekomstige schadeafwikkelingen in de mijnbouw. Een ongunstige ontwikkeling dreigt, nu reeds werd het ontwerp onlangs door een rechtbank gevolgd, met het aanvaarden van schadevergoeding uitsluitend voor fysieke schade aan gebouwen, in de recente zaak van Nijhoff tegen de NAM.¹⁰ Met andere woorden, in het hier volgende worden juridische argumenten gegeven om, ook wanneer dit merkwaardige, opportunistische wetsvoorstel het Staatsblad bereikt, de inhoud waar nodig naast zich neer te kunnen leggen en gewoon een beroep te doen op het algemene aansprakelijkheids- en bewijsrecht bij het zoeken

⁹ Het is goed om te vermelden dat ik begin van dit jaar deze beschouwingen, desgevraagd, opgesteld heb voor de fracties in de TK die het hier besproken amendement over de omkeringsregel hebben ingediend (en dat over de informatieplicht).

¹⁰ Rb. N-Ned. (Assen), ECLI:NL:RBNNE:2016:4402.

van verhaal voor mijnbouwschade, door gaswinning of anderszins. Dat zal dan vooral over niet-fysieke schade gaan (bedrijfs- en immateriële schade) of over mijnschade elders in het land (Friesland, Twente en Limburg werden al genoemd door kritische senaatsleden). Het leidt tot een *up-hill fight*, want het ligt toch voor de hand, zeker voor niet-ingevoerde juristen, om te menen dat met deze recente wet dit onderdeel van het recht *state of the art* zal zijn en niet voor niets met zo'n beperkt karakter.

Deze wet dient zijn schaduw niet vooruit te werpen, het is ook een wet die naar verwachting zonder schaduw zal blijven. Het biedt slechts een beperkte oplossing voor een veel grotere problematiek, geleid door de gedachte dat de kosten voor de exploitant, evenals de Staat zelf, in de hand gehouden moeten worden. Het is immers niet alleen de NAM, als concessionaris in het Groningenveld, die de minister van EZ met deze wetgeving hand- en spandiensten bewezen heeft, ook heeft hij zichzelf goed bediend. Als Toezichthouder op de mijnbouw heeft draagt de Staat immers verantwoordelijkheid en daarmee aansprakelijkheid als er op verwijtbare wijze schade als gevolg van mijnbouw ontstaat (de Staat is al gedaagde in enkele procedures¹¹), maar hij heeft ook een belangrijk financieel aandeel in de opbrengst van de mijnbouw.¹² Buiten Groningen is de Staat in Limburg mogelijk aansprakelijk voor mijnschade vanwege de Staatsmijnen die daar actief waren, en ook zijn rol als Toezichthouder indertijd. Kortom, de minister van EZ spreekt ook, *loud and clear*, voor eigen parochie wanneer hij als wetgever de deksel op de pot probeert te houden bij de vergoeding van mijnschade. 'EZ' betekent hier dus: 'Eerst Zelf', in een beleid van vele decennia op dit terrein.

Daarmee is de opzet van dit artikel gegeven. Aan de orde is nu een bespreking van het advies dat de Afdeling advisering van de Raad van State aan de minister van EZ op zijn verzoek heeft uitgebracht over de juridische aspecten van omkering van de bewijslasten dat zo'n doorslaggevende rol gespeeld heeft in het wetgevingsproces.

2. Omkering bewijslast bij mijnbouwschade: wat brengt de Novelle van 21 januari 2016, na advisering door de Raad van State?

Zoals gezegd is de minister van EZ is in zijn Novelle inzake de omkering van de bewijslast bij mijnbouwschade op belangrijke punten afgeweken van het Amendement Nr. 12, Jan Vos/Ouwehand dat vorig jaar april door de Tweede Kamer aanvaard werd. Daarbij heeft de minister het door hem gevraagde advies van de Afdeling advisering van de Raad van State met betrekking tot zijn onderhavige wetsvoorstel op de voet gevolgd, en verwijst daar telkens naar.

Wat zijn de *met wetsvoorstel 34 390 (Novelle) aangebrachte beperkingen op de omkeringsregel*? De belangrijkste beperkingen die de minister aangebracht heeft op het door de Kamer vorig jaar aanvaardde wetsvoorstel omkering bewijslast (bij Voorstel van wet, nr. 2; MvT, nr. 3) zijn:

- de omkeringsregel is beperkt tot de *gaswinning*;
- bovendien slechts gaswinning die plaatsvindt in de *Provincie Groningen*, en uitsluitend in het gebied "*Groningenveld*";

¹¹ Minister Kamp, MvA 7 okt. 2016, p.2: van de 19 zaken tegen de NAM sinds 2012 (waarvan 2 groepsclaims) zijn er 4 mede tegen de Staat ingesteld en in 1 zaak enkel tegen de Staat (beantwoording vraag VVD-fractie EK).

¹² Bij de gaswinning heeft de Staat in de Maatschap Groningen een belang van 40% (en 50% stemrecht), zie *TGMA* 2014, p.190. Staat is dus mede-exploitant bij de gaswinning, behalve concessieverlener en toezichthouder.

- de omkeringsregel heeft uitsluitend betrekking op *fysieke schade aan gebouwen of werken*.

Het gevolg hiervan is onder meer dat de omkeringsregel *niet* geldt voor mijnbouw die:

- betrekking heeft op winning van zout, magnesiumzouten, steenkool, e.d., alsook: fracking, opslag CO₂, e.d.;
- plaats vindt in andere delen van de Provincie Groningen, zoals Oost-Groningen (magnesiumzouten-winning), noch andere provincies, zoals Friesland, incl. Waddengebied, Drenthe (zout- en gaswinning), Noord-Holland (gaswinning), Twente (zoutwinning, ook in het verleden), Limburg (steenkool-winning, in het verleden).

De door de minister van EZ thans voorgestelde omkeringsregel geldt *niet* voor:

- bedrijfsschade (economische schade);
- immateriële schade (psychisch letsel, e.d.)
- milieuschade, schade aan landschap en natuurschoon; ecologische schade, e.d.

De minister van EZ benadrukt het ‘uitzonderlijke’ karakter van de omkeringsregel, waarbij hij het advies van de Afdeling advisering Raad van State volgt, aldus:

“De Afdeling advisering overweegt dat voor zover het de Groningse situatie betreft, de omvang van het aantal schadegevallen en de gelijksoortigheid ervan een argument zou kunnen zijn om een bewijsvermoeden in te voeren. Daarbij zou tevens een zwakkere positie van de eisende partij meegewogen kunnen worden.”

Deze passage in de MvT is de *enige tekst* die door de minister gebruikt wordt als “dragende motivering” en “heldere afbakening” die vereist zijn voor zijn wetsvoorstel, zoals door hem eerder aangegeven. De vaste Commissie van EZ van de Tweede Kamer was aanvankelijk weinig onder de indruk is van deze motivering en afbakeningen.¹³ Zij stelde zich begin van dit jaar vrijwel Kamer-breed afwijzend op; dat gebeurt soms in algemene termen over de strekking van het aangepaste wetsvoorstel, maar ook vrij gedetailleerd, ingaand op de juridische aspecten van de voorgestelde wetsbepaling.¹⁴

De minister van EZ, op advies van de Raad van State, stelde dus het ‘uitzonderlijke’ karakter van de omkeringsregel centraal. Wanneer, zoals eerder beschreven, begin juli van dit jaar de kaarten opnieuw geschud worden aan het Binnenhof en Jan Vos zijn amendement over de omkeringsregel probeert te redden door water in de wijn te doen op een aantal punten en draagvlak te zoeken bij andere partijen (5), leidt dat tenslotte tot amendement nr. 21. De volgende tekst wordt vrijwel unaniem aanvaard, die nu bij de Eerste Kamer ligt:

Artikel 177a [Boek 6 BW]

1. Bij fysieke schade aan gebouwen en werken, die naar haar aard redelijkerwijs door beweging van de bodem als gevolg van de aanleg of de exploitatie van een mijnbouwwerk ten behoeve van het winnen van gas uit het Groningenveld zou kunnen zijn, wordt vermoed dat die schade veroorzaakt is door de aanleg of exploitatie van dat mijnbouwwerk.

Dan is het nu het moment gekomen om te onderzoeken hoe de Afdeling tot haar standpunt gekomen is.

¹³ Deze is evenmin te vinden in het advies van de Afdeling, zie nog onder.

¹⁴ Voor de inbreng van de vaste commissie EZ, zie: TK 34 348, nr. 5, pp. 1-53.

3. De motivering van het wetsvoorstel door de minister, in combinatie met het advies van de Afdeling advisering Raad van State

De minister stelt in de Memorie van Toelichting dat voor de invoering van een wettelijk bewijsvermoeden volgens het advies van de Afdeling “een *dragende motivering* en *heldere afbakening* nodig zijn voor een dergelijke wettelijke afwijking van de hoofdregel ‘wie stelt, bewijst’”.¹⁵ Daarbij was volgens de minister doorslaggevend dat in de Groningse situatie de omvang van het aantal schadegevallen en de gelijksoortigheid ervan een argument zijn om een bewijsvermoeden in te hanteren.

Zoals gezegd is deze passage in de MvT de *enige tekst* die door de minister gebruikt wordt als “dragende motivering” en “heldere afbakening” die vereist zijn voor zijn wetsvoorstel. Dat deze tekst geen dergelijke motivering of afbakening is, zal direct duidelijk zijn. Het is hierbij denkbaar, dat deze te vinden is in het advies van de Afdeling, waarnaar de minister hier verwijst. Zoals hieronder aangetoond zal worden, is dat echter allerm minst het geval. Wat zegt de Afdeling eigenlijk hieromtrent?

De Afdeling geeft, alvorens over te gaan op de beantwoording van de vragen die door de minister aan haar gesteld zijn over invoering van het bewijsrechtelijk vermoeden in kwestie, enkele algemene beschouwingen over dat onderwerp, aan de hand van rechtspraak en wetgeving. Opmerkelijk is, dat daarbij de jurisprudentie vrijwel *niet behandeld* wordt, met uitzondering van één uitspraak van een lagere rechter, Rb. Assen, 6 nov. 2001, die in een mijnbouwzaak geen omkering van bewijslast toegelaten had, nog wel met het argument dat de wetgever in het toen aanhangige wetsontwerp daaromtrent, die regel niet had opgenomen (zie Advies: sub II, “Bewijsvermoeden in de rechtspraak”). Van de jurisprudentie inzake mijnbouwschade sedert begin van de vorige eeuw (incl. een arrest HR 1920) ontbreekt ieder spoor. Nog bedenkelijker is, dat over alle jurisprudentie van de afgelopen decennia over de omkeringsregel in het aansprakelijkheidsrecht, waaronder schade door mijnbouw valt, het stilzwijgen gevallen is. Hieronder zal de stand van dat recht, zoals in veel publicaties en (hand-)boeken besproken, nog aan de orde komen.

In sub-paragraaf *d*: “Andere aspecten bij procedures over schade en causaliteit”, valt op dat de Afdeling bij de bespreking van schade veroorzaakt door andere oorzaken, een volkomen verkeerd beeld geeft van de stand van het aansprakelijkheidsrecht. Daar staat dat de bouwkundige gebreken van het beschadigde pand “een omstandigheid [is] die voor rekening van de benadeelde moet blijven”. Dit is inderdaad helaas de praktijk in Groningen bij de schaderegeling door de NAM, maar het is in strijd met de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad sinds 1930, bevestigd in 1973.¹⁶

De minister neemt deze gedachte van de Afdeling over (MvT, p.4), waarmee onrecht in de praktijk van schadetoekenning in het gaswinningsgebied toegedekt wordt.

Dan komt de Afdeling toe aan de vragen van de minister, in paragraaf *e*: “Beantwoording van de voorlichtingsvragen”, en komt de kern van de zaak in beeld. De Afdeling begint met te stellen dat voor zo’n wettelijke afwijking van de hoofdregel van bewijsrecht een ‘dragende motivering’ gegeven moet worden, en tevens dat de “reikwijdte van de afwijking helder is”. De Afdeling suggereert hiermee dat bij Amendement Nr. 12 een ‘dragende motivering’ ontbreekt. Indien men echter de Toelichting op het amendement leest, dan is de eerste zin:

¹⁵ TK, 2015-2016, 34 390, nr. 3, MvT, 1^e alinea (p.2),

¹⁶ Zie hierover mijn artikel in dit blad, 2014, p.3129.

“In de ons omringende landen is wettelijk geregeld dat de bewijslast voor schade als gevolg van mijnbouwactiviteiten bij de exploitant ligt. In Nederland is dat niet het geval.”

Hier wreekt zich dat de Afdeling zich niet noemenswaardig verdiept heeft in de voorganger van Amendement Nr. 12 bij de behandeling van de Mijnbouwwet in 2001-2002: het Amendement Nr. 31, Witteveen-Hevinga (PvdA) inzake omkering van bewijslast bij mijnschade. Bij de behandeling van dat laatste amendement in de Tweede Kamer en tevoren in Rapporten aan de minister en de vaste commissie van EZ aangeboden door Friesland, evenals door de drie Noordelijke Provincies eind jaren '90, alsook in publicaties uit die tijd, is de mijnwetgeving uit ons omringende landen uitvoerig aan de orde gekomen, waarbij steeds sprake was van omkering van de bewijslast bij mijnschade.¹⁷

De Afdeling wekt de indruk dat hierbij opzet in het spel is, aangezien zij het amendement van 3 dec. 1998 over omkering bewijslast (van Van Walsem - Augustijn-Esser, D66) integraal citeert (p.8, sub b), en het Amendement Witteveen-Hevinga, slechts terloops noemt (p.9, bovenaan). Het eerste amendement doet echter niet ter zake, aangezien het *ingetrokken werd* door D66 (op 8 okt. 2001), waarop de PvdA alleen is doorgedaan, met een amendement dat in stemming gebracht is en in 2002 verworpen werd, op aandringen van de minister. Indien de Afdeling het *juiste* amendement had weergegeven, en besproken, zou zij gezien hebben dat dit *model gestaan heeft* voor het latere Amendement nr. 12. Dat was niet alleen leerzaam geweest, de Toelichting erop, evenals de debatten erover in de Kamer en de juridische vakpers zouden de achtergrond-informatie geleverd hebben, zowel over het Nederlandse, als het buitenlandse mijnrecht, en daarnaast het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen. Informatie, die nu op zo pijnlijke wijze ontbreekt in het advies van de Afdeling (zie daaromtrent, onder, par. 4).

De Afdeling heeft door (opzettelijk?) geen aandacht te besteden aan de vaste jurisprudentie op het gebied van omkering van de bewijslast een volkomen vertekend beeld gegeven van de stand van het recht op dat gebied. Allereerst, door te betogen dat het een zeer uitzonderlijke afwijking zou zijn van de hoofdregel van het bewijsrecht: “wie stelt, bewijst”. Zo uitzonderlijk, dat er sterke argumenten zouden moeten zijn om het in te voeren. Zo'n argument vindt de Afdeling in het *getalsmatig veel voorkomen* van mijnbouwschade in Groningen, en dan *alléén in het gebied van het Groningengasveld*. Voor dat laatste beroept zij zich op het amendement zelf, dat “voornamelijk is ingegeven door de problematiek in Groningen”, hetgeen problemen zou oproepen voor de toepassing elders.

Maar wat zeggen de indieners van dat amendement in hun Toelichting? Zij spreken van “schade veroorzaakt door onder andere gaswinning in Groningen”. En even verder stellen zij:

“Deze problemen zijn meer dan genoeg duidelijk geworden in Groningen, maar de problematiek is breder en is ook schade als gevolg van bijvoorbeeld zoutwinning aan de hand.”

¹⁷ Zie: *Duitsland*: § 120 Bundesberggesetz 1982; *Frankrijk*: art. 75-1 Code Minier 1994, 1999 (N.B.: reeds aanvaard in jurisprudentie onder Mijnwet 1810); *Verenigd Koninkrijk*: art. 40 Coal Mining Subsidence Act 1991; **art. 37**, 42-28 Coal Industry Act 1994; *Oostenrijk*: § 160 e.v. Mijnwet 1999 (conform doctrine en rechtspraak inzake ‘gevaarstelling’).

Het is derhalve duidelijk dat dit amendement geschreven is voor alle vormen van mijnbouw, in alle delen van ons land. Net zoals dat in de buitenlandse mijnwetgeving het geval is, door de indieners aangehaald.

Wat te denken van het overblijvende argument van de Afdeling, de noodzaak van het bestaan van grote aantallen soortgelijke schadegevallen, als gevolg van mijnbouw in één bepaald gebied? Die opvatting is niet in overeenstemming met de vaste jurisprudentie op dit terrein, het is een persoonlijke voorkeur van de adviseurs, het lijkt toegesneden te zijn op de behoeften van de vraagsteller, de minister van EZ.

De Hoge Raad heeft namelijk in jurisprudentie uit 2000 en 2001 over de omkeringsregel in het aansprakelijkheidsrecht die regel al zo'n vast vorm gegeven dat deze zoals A-G Hartkamp in een conclusie zegt op het gehele aansprakelijkheidsrecht van toepassing was.¹⁸ In 2002 volgde een uitwerking in twee arresten van 29 november, met een verdere 'verduidelijking' in 2008 (*fietsers*) en tenslotte in 2012 (*Gynaecoloog*) de afwerking van de regel. De kenmerken van deze omkeringsregel, behandeld in vele artikelen en (hand-)boeken, zijn, kort gezegd:

“zal hij die ... een beroep doet op de omkeringsregel, omtrent de toedracht van het ongeval feiten dienen te stellen en zo nodig aannemelijk te maken waaruit volgt dat een bepaald, uit die toestand voortvloeiend gevaar zich heeft verwezenlijkt, zonder dat nodig is dat hij ook de precieze toedracht van het ongeval aannemelijk maakt. In gevallen als de onderhavige wordt hij immers tegen het bewijsrisico dat is verbonden aan de dienaangaande bestaande onzekerheid, nu juist beschermd door de omkeringsregel.” (ov. 3.7.)
(HR 19 dec. 2008, *NJ* 2009, 141, *gevallen fietsers*; inzake art. 6:174 BW, aansprakelijkheid wegbeheerder)

De ratio van de regel is:

“De ratio van de omkeringsregel brengt mee dat in gevallen als het onderhavige de onzekerheid omtrent het exacte verloop van de gebeurtenissen voor risico komt van degene die de desbetreffende norm heeft geschonden, zodat [...] dat verloop in die gevallen in zoverre niet door de benadeelde behoeft te worden gesteld en, in geval van betwisting, bewezen.”
(HR 23 november 2012, *NJ* 2012, 669, *gynaecoloog*).

Zoals men ziet, heeft de omkeringsregel niets te maken met zeer grote aantallen schadegevallen van een bepaald type, in een bepaalde regio. Het is een uitwerking van het veel oudere gevaarzettingsbeginsel, en kreeg in 1946 al van Veegens in een NJ-noot (gasleiding-ontploffing) de omschrijving “sprekende feiten” mee (naar: *res ipsa loquitur*, in common law recht). In zijn boek over *Het nieuwe bewijsrecht*, uit 1973, noemt Veegens 4 arresten van de Hoge Raad waarin op die basis de omkeringsregel aanvaard werd, met als eerste: een arrest over aansprakelijkheid van een mijnexploitant voormijn schade, *Kasteel Strythagen*, uit 1920.¹⁹

De Afdeling wekt de indruk dit arrest niet te kennen, dat het standaardarrest was voor alle mijnschade in Zuid-Limburg in de vorige eeuw, waarop ca. 100.000 schadegevallen in Z-Limburg zijn afgewikkeld, waarbij zich wreekt dat de Afdeling zich in het geheel niet bekommerd heeft over het Nederlandse mijnrecht van de afgelopen eeuw. Een jurisprudentie

¹⁸ Zie daaromtrent mijn *NJB*-artikel, 2014, p.3128, met vindplaatsen.

¹⁹ Met het arrest *Kasteel Strythagen* (*NJ* 1921, 230) werd voor de omkering van bewijslast (waarover in cassatie geklaagd werd) een onweerlegbaar vermoeden van schuld in de plaats gesteld: tegenbewijs door de mijnexploitant werd afgewezen als zonder zin. Dit in verband met de “bijzondere zorg die de mijnexploitant heeft in acht te nemen”. Zie ook mijn *Verbintenissenrecht* 2, 5^e dr., 2004, Kluwer, p. 838 e.v., en *NJB* 2014, p.3130.

die zoals Meijers en Scholten in de jaren '30 schreven, terug ging tot een standaardarrest uit 1881, over het schade toebrengen aan burens (aanleg spoorlijnen, o.a. bij Nijmegen en Hillegersberg).

Meijers zegt over die vaste rechtspraak, in 1935: “zij wordt ook trouw op den mijnexploitant toegepast, nadat een eerste poging om bij dezen een aansprakelijkheid zonder schuld aan te nemen, mislukt was”.²⁰

De Afdeling vervolgt haar advies met de constatering dat niet duidelijk is welk *type schade* In het amendement bedoeld werd, alleen schade aan gebouwen en werken, of alle schade? Derhalve ook bedrijfsschade en waardedaling van woningen.

De minister heeft deze opmerking aangegrepen om in het wetsvoorstel *uitsluitend fysieke schade* aan gebouwen en werken op te nemen (MvT, p.9). Daarvoor ontbreekt echter elke motivering, de Afdeling volstond immers met een zorgelijke opmerking. De minister gebruikt daarvoor, heel handig, het eerdere argument van de grote aantallen, die een afwijking van de hoofdregel zouden rechtvaardigen: fysieke schade is in Groningen “in het merendeel van de gevallen ook daadwerkelijk het gevolg van bodembeweging door gaswinning”, en daarmee komt ook het vermoeden omtrent de overige gevallen in die context in beeld (p.4), en is omzetschade van ondernemingen buiten beeld gebracht. Wel handig, maar natuurlijk niet voldoende als juridische redenering, en daar gaat het bij wetgeving toch ook over, zou men denken.

Een motivering voor een dergelijke ingreep van de minister is ook niet eenvoudig te vinden, het is een inbreuk op de beginselen van het algemene aansprakelijkheidsrecht. Die beperking komt in het buitenlandse mijnrecht niet voor (zie nog onder, par.4). Het is moeilijk voorstelbaar dat schadevergoeding van bijvoorbeeld bedrijfsschade uit het onrechtmatige daadsrecht geschrapt zou worden, voor immateriële schade geldt hetzelfde. Voorbeelden van het eerste zijn arresten van de Hoge Raad uit 1967, exploitatie-schade van landbouwgrond bij nalatig waterbeheer van een beek, en uit 1988, exploitatie-schade van kwekers door onrechtmatig lozen van stoffen in een rivier die watertoevoer was (resp. HR 17 febr. 1967, *NJ* 1968, 101, nt JHB, *Van Arragon – Van de Ven*; HR 23 sept. 1988, *NJ* 1989, 743, nt. JHN/JCS, *Franse Kalimijnen*).

Tenslotte geeft de Afdeling nog zijn oordeel over het gehanteerde “effectgebied” volgens het amendement, dat “niet helder” zou zijn (p.13). Ook hier wreekt zich dat de Afdeling geen kennis genomen heeft van de wijze waarop de wetgever in Duitsland (in 1982) en Engeland (1991; 1994) geregeld heeft, hetgeen al in het *NJB* van 2002 uiteengezet werd (zie nog onder, par.4).

4. Samenvatting van de manco's in het advies van de Afdeling

De tekortkomingen van de Afdeling bij haar advisering aan de minister kunnen als volgt samengevat worden. De Afdeling heeft geen kennis genomen van:

- de toepassing van art. 15 Mijwv 1810 in ons land in de afgelopen eeuw;
- de literatuur over mijnrecht in ons land (zoals behandeld in mijn handboek *Verbintenissenrecht 2*, pp. 835- 869;
- van de recente literatuur over de mijnschade-problematiek: daarvan werd alleen die literatuur geraadpleegd welke in overeenstemming is met het in het advies ingenomen standpunt (o.m. Oldenhuis, *NJB* 2015), niet die in *andere zin* (vgl. mijn artikelen *NJB* 2002; 2014; *TGMA* 2014); wel werd nog verwezen naar een artikel gebaseerd op een master-scriptie, met slechts algemene beschouwingen (Bluemink, *AV&S* 2015);

²⁰ Zie hierover, behalve het laatste genoemde werk, mijn *NJB*-artikel uit 2002, evenals dat in *TGMA* 2014, p.184. Scholten schrijft dit in zijn Asser-Scholten, *Zakenrecht*, 1945.

- buitenlandse literatuur en wetgeving werd volkomen genegeerd, ook al werd dat uitvoerig besproken in de zojuist genoemde publikaties van mijn hand, evenals in Kamer-stukken uit 2001 en 2002, waarover artikelen in *TMA*; dat alles was dus toegankelijk.

De beperking van de in het wetsvoorstel opgenomen omkeringsregel tot uitsluitend fysieke schade aan gebouwen of werken is niet alleen strijdig met de algemene beginselen van ons aansprakelijkheidsrecht en mijnrecht, zoals hierboven betoogd. Het is ook onbekend in het mijnrecht van omliggende landen, zie:

- België: art. 16 Wet van 1911 inzake mijnbouw: “*elke schade*” vergoed;
- Frankrijk: Mijnwet 1994, art. 75-1, “*des dommages*”;
- Duitsland: Alg. Berggesetz für die Preussischen Staaten (ABG), § 148, “*für allen Schaden*”; Bundesberggesetz 1982, § 120, “*ein Schaden*”; UmweltHaftungsgesetz 1991, § 6-1, “*den entstandenden Schaden*”; § 8-4, “*den Schaden*”.
- V.K.: Coal Mining Subsidence Act 1991, art. 40-2, “*any damage*”, “*natural beauty*” damage

Voor de onderbouwing van het hier gestelde over buitenlandse mijnwetgeving, het geldend Nederlands recht en het disfunctioneren van de Tcbb (en andere commissies) – waarvan de minister nog steeds hoog opgeeft in de Eerste Kamer - wordt verwezen naar mijn eerder genoemde artikelen.²¹

5. Conclusie

Het in de Eerste Kamer voorliggende wetsontwerp “Wet bewijsvermoeden gaswinning Groningen”, zou indien aanvaard betekenen dat in onze wetgeving (gelukkig niet hetzelfde als ons ‘recht’) de aansluiting gemist wordt met de mijnwetgeving van alle omliggende landen, die al decennia in andere zin gevestigd is.

Belangrijker is nog, dat de kans gemist is, onder zware druk van het ministerie van EZ (met op de achtergrond als altijd: de NAM), om het geldend recht zoals dat al geruime tijd door de rechtspraak in ons land is vastgelegd, in de wet te verankeren op een wijze die niet langer misverstaan kan worden, zoals de afgelopen jaren helaas in de praktijk van de Tcbb en andere instellingen (zoals de Commissie Bodemdaling) het geval was. Hetgeen ook de bedoeling van de Tweede Kamer was toen zij vorig jaar het amendement nr. 12 (Vos/Ouwehand) had aangenomen als aanpassing op de Mijnbouwwet.

Last, not least, het wetsvoorstel dat bij de senaat ligt is voer voor mensenrecht-juristen. De voorgestelde bewijsregel geldt immers alleen voor burgers in één provincie, en nog alleen voor hen die boven het Groningenveld wonen of werken. Hoezo, gelijkheidsbeginsel, en bescherming van eigendom onder het EVRM, art. 1, doorwerking van internationale milieuverdragen? Zoals de EK-fracties van SP en Groen Links het al zeiden: hoe leg je het aan burgers in Friesland, Twente of Limburg uit, dat deze wet niet voor hen geldt?

Het boek van de mijnschade door gaswinning lijkt nog niet gesloten, hoe de senaat ook zal gaan beslissen.

²¹ In: *NJB* 2002, p.566 e.v.; *NJB* 2014, p.3125 e.v.; *TGMA* 2014-4, p.178 e.v.