# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
# J. KOKOTT
# van 22 oktober 2009[1]

## I — Inleiding

*„δός μοί (φησι) πού στώ καί κινώ τήν γήν"* [2]

1. Deze uitspraak wordt toegeschreven aan de Griekse geleerde Archimedes. Zij verduidelijkt de werking van diens hefboomwetten.

2. Archimedes leefde in de Siciliaanse stad Syracuse. In de buurt daarvan ligt een baai, de Rada di Augusta, een sedert vele jaren zeer sterk door schadelijke stoffen vervuild gebied. De inspanningen om deze milieuschade weg te werken hebben aanleiding gegeven tot de onderhavige verzoeken om een prejudiciële beslissing. [3]

3. In casu gaat het er niet om een steunpunt te vinden dat de wereld verandert, maar rijst de vraag waaraan de aansprakelijkheid voor milieuschade kan worden aangeknoopt. Kunnen alleen degenen die de schade hebben veroorzaakt, worden aangesproken of kunnen ook anderen, die in het betrokken gebied terreinen bezitten of daar een industriële activiteit verrichten, aansprakelijk worden gesteld?

4. In het hoofdgeding in zaak C-378/08 wordt namelijk gesteld dat de bevoegde instanties in het betrokken gebied werkzame ondernemingen tot herstel van milieuschade hebben verplicht zonder het causaal verband

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — „Geef mij een steunpunt en ik beweeg de aarde!" Aangehaald in de versie van Pappus Alexandrinus, Collectionis quae supersunt, Voluminis 3, Tomus 1, uitgegeven door Friedrich Hultsch, 1878, blz. 1060 (http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k99429t.image.f62.pagination, laatst aangeklikt op 2 september 2009).

3 — Naast de drie hier behandelde zaken zijn twee andere, verknochte zaken met betrekking tot dit vervuild gebied bij het Hof van Justitie aanhangig: Buzzi Unicem e.a. (C-478/08 en C-479/08, mededeling in PB 2009, C 19, blz. 14 e.v.).

tussen de werkzaamheden van de ondernemingen en de milieuschade of de schuld van de ondernemingen te hebben onderzocht en te hebben aangetoond.

5. De verwijzende rechter stelt deze vraag vooral in verband met richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade [4] (hierna: „milieuaansprakelijkheidsrichtlijn"). Eerst moet echter worden uitgemaakt in hoeverre deze richtlijn relevant is voor schade die voor het overgrote deel vóór de inwerkingtreding van de richtlijn is veroorzaakt.

6. Andere vragen vloeien voort uit de opgelegde maatregelen tot het herstel van de schade. Naar het heet, hebben de bevoegde instanties een reeds goedgekeurd herstelplan achteraf aanzienlijk gewijzigd zonder de betrokken ondernemingen te horen, de gevolgen van de wijzigingen te onderzoeken of deze handelwijze te motiveren. Daarom wordt gevraagd of dit verenigbaar is met de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn.

4 — PB L 143, blz. 56.

7. Ten slotte wordt nog een vraag met betrekking tot het plaatsen van overheidsopdrachten gesteld, namelijk onder welke voorwaarden de overheid opdrachten betreffende de planning en de uitvoering van herstelmaatregelen mag plaatsen zonder een openbare aanbestedingsprocedure te organiseren.

## II — Toepasselijke bepalingen

8. De beginselen inzake het beleid van de Gemeenschap op milieugebied, inzonderheid het beginsel dat „de vervuiler betaalt", zijn neergelegd in artikel 174 EG:

„De Gemeenschap streeft in haar milieubeleid naar een hoog niveau van bescherming, rekening houdend met de uiteenlopende situaties in de verschillende regio's van de Gemeenschap.

Haar beleid berust op het voorzorgsbeginsel en het beginsel van preventief handelen, het beginsel dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden, en het beginsel dat ‚de vervuiler betaalt'.

[…]"

9. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn knoopt volgens de in artikel 1 ervan geformuleerde doelstelling aan bij het beginsel dat „de vervuiler betaalt".

„Deze richtlijn heeft ten doel een kader voor milieuaansprakelijkheid vast te stellen, op basis van het beginsel dat de vervuiler betaalt, voor het voorkomen en herstellen van milieuschade."

10. Volgens artikel 3, lid 1, is deze richtlijn van toepassing op:

„a) milieuschade die wordt veroorzaakt door enige beroepsactiviteit, genoemd in bijlage III, alsook op een onmiddellijke dreiging dat dergelijke schade ontstaat als gevolg van een van die activiteiten;

b) schade aan beschermde soorten en natuurlijke habitats die wordt veroorzaakt door enige andere beroepsactiviteit dan de in bijlage III genoemde, alsook op een onmiddellijke dreiging dat dergelijke schade ontstaat als gevolg van een van die activiteiten indien de exploitant schuld of nalatigheid kan worden verweten."

11. Artikel 4 voorziet in uitzonderingen op het toepassingsgebied van de richtlijn. In artikel 4, lid 5, wordt bepaald:

„Deze richtlijn is alleen van toepassing op milieuschade of op een onmiddellijke dreiging van dergelijke schade als gevolg van diffuse verontreiniging waarbij een oorzakelijk verband kan worden gelegd tussen de schade en de activiteiten van individuele exploitanten."

12. In artikel 8, lid 1, wordt met betrekking tot de kosten van de herstelmaatregelen bepaald:

„De exploitant draagt de kosten voor de overeenkomstig deze richtlijn genomen preventieve maatregelen en herstelmaatregelen."

13. In artikel 2, punt 6, wordt het begrip exploitant als volgt omschreven:

„[P]articuliere of openbare natuurlijke persoon of rechtspersoon die de beroepsactiviteit verricht of regelt, of, als dit in de nationale

wetgeving is bepaald, aan wie een doorslaggevende economische zeggenschap over het technisch functioneren van een dergelijke activiteit is overgedragen, met inbegrip van de houder van een vergunning of toelating voor het verrichten van een dergelijke activiteit of de persoon die een dergelijke activiteit laat registreren of er kennisgeving van doet."

14. Artikel 16, lid 1, regelt de vaststelling van strengere bepalingen door de lidstaten:

„Deze richtlijn belet niet dat de lidstaten strengere bepalingen handhaven of invoeren inzake preventie en herstel van milieuschade, met inbegrip van het bepalen van extra activiteiten waarop de voorschriften inzake preventie en herstel van deze richtlijn van toepassing zijn en het bepalen van verdere verantwoordelijke partijen."

15. Artikel 17 beperkt de temporele werkingssfeer van de richtlijn:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op:

— schade, veroorzaakt door een emissie, een gebeurtenis of een incident die/dat heeft plaatsgevonden voor de in artikel 19, lid 1, bedoelde datum;

— schade, veroorzaakt door een emissie, een gebeurtenis of een incident die/dat heeft plaatsgevonden na de in artikel 19, lid 1, bedoelde datum, indien de schade het gevolg is van een specifieke activiteit die heeft plaatsgevonden en beëindigd is voor die datum;

— […]"

16. Artikel 19, lid 1, bepaalt de uitvoeringstermijn:

„De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 30 april 2007 aan deze richtlijn te voldoen."

17. Het verzoek om een prejudiciële beslissing in zaak C-378/08 refereert, ter zake van

overheidsopdrachten, bovendien aan richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coordinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [5], richtlijn 93/37/EEG [6] van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [7] en richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coordinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken [8].

## III — De feiten en de verzoeken om een prejudiciële beslissing

A — *Zaak C-378/08*

18. In het verzoek om een prejudiciële beslissing in zaak C-378/08 worden de volgende feiten vermeld.

19. Het gebied van de Rada di Augusta wordt gekenmerkt door fenomenen die worden veroorzaakt door een milieuvervuiling die vermoedelijk reeds lange tijd geleden, waarschijnlijk uiterlijk na de Tweede Wereldoorlog is begonnen. Met name de zeebodem in dit gebied is in aanzienlijke mate door schadelijke stoffen verontreinigd.

20. In de periode waarin de vervuiling vermoedelijk is ontstaan, zijn in het gebied van de Rada di Augusta tal van industriële ondernemingen en oliemaatschappijen naast en/of na elkaar werkzaam geweest. Volgens de verwijzende rechter kan dit tot gevolg hebben dat de concrete vaststelling van de individuele verantwoordelijkheid van elke onderneming voor de vervuiling onmogelijk is.

21. De Italiaanse autoriteiten hebben bij verschillende successieve besluiten de thans in de buurt van de Rada di Augusta werkzame ondernemingen verplicht de verontreinigde zeebodem te saneren. Voor het geval dat de ondernemingen geen gevolg geven aan het besluit, hebben de autoriteiten ermee gedreigd, de sanering op kosten van de ondernemingen te laten uitvoeren.

5 — PB L 134, blz. 114.

6 — In het verzoek om een prejudiciële beslissing stelt de verwijzende rechter een vraag met betrekking tot de verenigbaarheid met richtlijn 93/97/EEG. Richtlijn 93/97/EEG houdende aanvulling van richtlijn 91/263/EEG wat de apparatuur voor satellietgrondstations betreft, is echter kennelijk irrelevant voor het hoofdgeding, zodat moet worden aangenomen dat het hier om een schrijffout gaat en dat de vraag van de nationale rechter in feite betrekking heeft op de verenigbaarheid met richtlijn 93/37/EEG.

7 — PB L 199, blz. 54.

8 — PB L 395, blz. 33.

22. De tot sanering aangesproken bedrijven oefenen activiteiten uit waarbij het milieu vervuilende stoffen worden gebruikt of voor verder gebruik geschikt worden gemaakt.

23. Volgens de vaststellingen van de verwijzende rechter hebben de autoriteiten de in de buurt van de Rada di Augusta werkzame ondernemingen tot wegwerking van de bestaande milieuvervuiling verplicht zonder onderscheid te maken tussen oude en nieuwe vervuiling en zonder vast te stellen in hoeverre elke onderneming verantwoordelijk is voor die vervuiling.

24. Enkele getroffen ondernemingen zijn tegen deze besluiten opgekomen. Voor het de onderhavige verzoeken bij het Hof van Justitie heeft ingediend, had het Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia reeds meerdere bestreden besluiten in verschillende vonnissen onrechtmatig verklaard, onder andere wegens schending van het gemeenschapsrechtelijke beginsel dat de vervuiler betaalt. De rechter in hoger beroep, de Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, heeft daarentegen geoordeeld dat de aan de Rada di Augusta gevestigde ondernemingen konden worden aangesproken en heeft daarom in een bepaalde procedure de tenuitvoerlegging van een vonnis van het Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia opgeschort.

25. In de aan zaak C-378/08 ten grondslag liggende procedure komen verschillende in de buurt van de Rada di Augusta werkzame ondernemingen op tegen een besluit van 20 december 2007 waarbij zij tot sanering van de zeebodem worden verplicht.

26. De zeebodem dient volgens een door de Società Sviluppo Italia Aree Produttive (hierna: „Sviluppo Italia") opgesteld plan te worden gesaneerd. Volgens dit plan moeten de verontreinigde sedimenten worden uitgebaggerd en, nadat zij zijn gezuiverd, voor de bouw van een kunstmatig eiland in zee worden gebruikt. Het kunstmatige eiland zal als „havenhub" voor containerschepen van verschillende tonnage worden gebruikt.

27. Sviluppo Italia is een door de overheid opgerichte onderneming die werkzaam is op de markt. De autoriteiten hebben Sviluppo Italia met de planning — en voor het geval dat de ondernemingen in gebreke blijven — ook met de uitvoering van de omstreden saneringsmaatregelen belast zonder vooraf een openbare aanbestedingsprocedure te organiseren. Volgens de nationale rechter hebben de geplaatste werken „een zeer grote economische waarde".

28. De verzoekende ondernemingen hebben, naast hun beroep tot nietigverklaring van het bestreden besluit, in kort geding om opschorting van de tenuitvoerlegging van dat besluit verzocht.

29. In het kader van de procedure in kort geding heeft het Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Staan het beginsel dat ‚de vervuiler betaalt' (artikel 174 EG, voorheen artikel 130 R, lid 2, EG) en de bepalingen van richtlijn 2004/35/EG in de weg aan een nationale regeling volgens welke de overheid aan particuliere ondernemingen — wegens het feit alleen dat deze thans werkzaam zijn in een gebied dat reeds lang is vervuild of in een gebied dat grenst aan een dergelijk gebied — herstelmaatregelen mag opleggen zonder te onderzoeken wie verantwoordelijk is voor de vervuiling?

2) Staan het beginsel dat ‚de vervuiler betaalt' (artikel 174 EG, voorheen artikel 130 R, lid 2, EG) en de bepalingen van richtlijn 2004/35 in de weg aan een nationale regeling volgens welke de overheid de verplichting om de milieuschade in een specifieke vorm weg te werken mag opleggen aan degene die zakelijke rechten bezit op en/of bedrijfsactiviteiten uitoefent in het vervuilde gebied, zonder zich er eerst van te moeten vergewissen of er een causaal verband bestaat tussen de handelwijze van de betrokkene en de ontstane vervuiling, louter en alleen op grond van de ‚positie' waarin de betrokkene zich bevindt (namelijk die van een marktdeelnemer die werkzaam is in dat gebied)?

3) Staan artikel 174 EG (voorheen artikel 130 R, lid 2, EG ) en richtlijn 2004/35 in de weg aan een nationale regeling die

verder gaat dan het beginsel dat ‚de vervuiler betaalt' en volgens welke de overheid de verplichting om de milieuschade in een specifieke vorm weg te werken mag opleggen aan degene die zakelijke rechten bezit op en/of bedrijfswerkzaamheden uitoefent in het vervuilde gebied, zonder zich er eerst van te moeten vergewissen of er een causaal verband bestaat tussen de handelwijze van de betrokkene en de ontstane vervuiling en of het subjectieve vereiste van opzet of schuld is vervuld?

4) Staan de in het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap besloten liggende beginselen inzake bescherming van de mededinging en de richtlijnen 2004/18/EG, 93/37/EEG en 89/665/EEG in de weg aan een nationale regeling volgens welke de overheid de analyse, planning en uitvoering van een sanering — beter gezegd de uitvoering van werken — van een tot het openbare domein behorend gebied rechtstreeks mag plaatsen bij particuliere marktdeelnemers (de vennootschappen Sviluppo SpA en Sviluppo Italia Aree Produttive SpA) zonder de nodige openbare aanbestedingsprocedures te volgen?"

B — *De gevoegde zaken C-379/08 en C-380/08*

30. Deze procedures betreffen twee bij een besluit van 16 april 2008 gelaste maatregelen tot wegwerking van schade.

31. Allereerst werden de verzoekende ondernemingen verplicht een fysieke barrière aan te brengen tussen hun aan de Rada di Augusta gelegen terreinen en de zeebodem. Ten tweede werd de verlening van een vergunning voor het gebruik van de in het te saneren gebied gelegen terreinen afhankelijk gesteld van het wegwerken van de milieuschade en van het aanbrengen van bovengenoemde fysieke barrière. Deze voorwaarden golden ook voor gesaneerde terreinen en voor terreinen die niet waren vervuild.

32. De verzoekende ondernemingen voeren aan dat de bij genoemd besluit opgelegde maatregelen eerdere besluiten wijzigen en zijn opgelegd zonder dat zij werden gehoord, zonder dat daarvoor een motivering is gegeven en zonder dat een passend onderzoek naar de gevolgen ervan heeft plaatsgevonden.

33. Om die redenen heeft het Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia in het kader van de procedure in kort geding het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Staat de communautaire richtlijn betreffende het herstellen van milieuschade (richtlijn 2004/35/EG, inzonderheid artikel 7 en bijlage II ervan) in de weg aan een nationale regeling volgens welke de overheid als ‚redelijke opties voor het herstel van de milieuschade' andere werken aan de milieucomponenten (in casu ‚het aanbrengen van een fysieke barrière' in de bodem langs de zee) mag opleggen dan die waarvoor eerder aan het einde van een passend op tegenspraak gevoerd onderzoek was geopteerd en die reeds waren goedgekeurd en uitgevoerd of in uitvoering waren?

2) Staat de communautaire richtlijn betreffende het herstellen van milieuschade (richtlijn 2004/35, inzonderheid artikel 7 en bijlage II ervan) in de weg aan een nationale regeling volgens welke de overheid dergelijke maatregelen ambtshalve mag opleggen, dat wil zeggen zonder de specifieke situatie van het gebied, de kosten van uitvoering daarvan in vergelijking met de redelijkerwijze voorzienbare voordelen, de mogelijke of waarschijnlijke nevenschade en de mogelijke of waarschijnlijke schadelijke gevolgen voor de volksgezondheid en de openbare veiligheid en de tijd die nodig is voor de verwezenlijking daarvan, te hebben beoordeeld?

3) Staat de communautaire richtlijn betreffende het herstellen van milieuschade (richtlijn 2004/35, inzonderheid artikel 7 en bijlage II ervan), gelet op de bijzondere situatie van het gebied van nationaal belang Priolo, in de weg aan een nationale regeling volgens welke de overheid ambtshalve de uitvoering van dergelijke maatregelen als voorwaarde mag stellen voor een vergunning voor rechtmatig gebruik van binnen het afgebakende gebied van nationaal belang Priolo liggende terreinen waarop de sanering niet rechtstreeks betrekking heeft omdat

deze reeds zijn gesaneerd of niet waren vervuild?"

## IV — Procedure voor het Hof van Justitie

34. Aan de schriftelijke procedure is deelgenomen door verzoeksters in de hoofdgedingen — Polimeri Europa SpA en Syndial SpA met een gemeenschappelijke memorie in zaak C-378/08 (hierna: „Polimeri e.a."), ENI SpA, Polimeri Europa SpA en Syndial SpA met een gemeenschappelijke memorie in de procedure C-379/08 en C-380/08 (hierna: „ENI e.a.") en ERG Raffinerie Mediterranee SpA (hierna: „ERG") — de Italiaanse Republiek en de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Het Koninkrijk der Nederlanden en de Helleense Republiek hebben schriftelijke opmerkingen ingediend in zaak C-378/08.

35. Aan de gemeenschappelijke mondelinge behandeling van de drie zaken op 15 september 2009 is deelgenomen door Polimeri e.a., ENI e.a., ERG en Sviluppo Italia als partijen in de hoofdgedingen en door Italië, Griekenland, Nederland en de Commissie.

## V — Juridische beoordeling

### A — *De ontvankelijkheid van de verzoeken om een prejudiciële beslissing*

36. Allereerst zal ik kort ingaan op de door Italië tegen de verzoeken om een prejudiciële beslissing opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid. Voor zover specifieke excepties van niet-ontvankelijkheid met betrekking tot de een of de andere vraag worden opgeworpen, zal ik deze samen met die vraag behandelen.

#### 1. Het doel en het voorwerp van de verzoeken om een prejudiciële beslissing

37. Volgens de Italiaanse regering is het verzoek om een prejudiciële beslissing in de eerste plaats erop gericht, de van de uitlegging door de rechter in hoger beroep afwijkende uitlegging van het nationale recht door de verwijzende rechter te horen bevestigen, een doel dat niet in overeenstemming is met artikel 234 EG.

38. De procedure van artikel 234 EG kan inderdaad alleen de uitlegging van het

gemeenschapsrecht of de geldigheid van afgeleid recht tot voorwerp hebben. [9] Het onderhavige verzoek strekt echter uitdrukkelijk tot uitlegging van bepalingen van primair en secundair gemeenschapsrecht. Deze exceptie mist dus elke grondslag.

39. Ook de afwijking van de opvatting van de rechter in hoger beroep staat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet in de weg. Een dergelijk verzoek is immers bedoeld om twijfel omtrent de uitlegging van het gemeenschapsrecht weg te nemen. [10] Meningsverschillen tussen rechterlijke instanties over vragen van gemeenschapsrecht wijzen er juist op dat het verzoek om een prejudiciële beslissing daadwerkelijk op twijfel berust.

2. De inhoud van de verzoeken om een prejudiciële beslissing

40. Volgens de Italiaanse regering zijn de vragen bovendien te gedetailleerd en is het feitenrelaas onjuist en tendentieus.

41. Of vragen te gedetailleerd zijn, is voor de ontvankelijkheid van verzoeken om een prejudiciële beslissing slechts in zoverre van belang dat het Hof van Justitie in een procedure op grond van artikel 234 EG niet bevoegd is om bepalingen van gemeenschapsrecht op een concreet geval toe te passen. [11] In het onderhavige geval gaat het echter slechts om de uitlegging van bepalingen van gemeenschapsrecht tegen de achtergrond van de omstandigheden van het concrete geval. De toepassing van het recht op het concrete geval wordt aan de nationale rechter overgelaten.

42. Of de verwijzende rechter de feiten juist heeft meegedeeld, kan het Hof van Justitie in het kader van een prejudiciële procedure niet nagaan. [12] De vaststelling van de feiten is immers de taak van de bevoegde nationale rechter.

43. De door Italië tegen de verzoeken om een prejudiciële beslissing opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid treffen dus geen doel.

9 — Arrest van 19 september 2006, Wilson (C-506/04, Jurispr. blz. I-8613, punt 34).

10 — Cf. arrest van 15 september 2005, Intermodal Transports (C-495/03, Jurispr. blz. I-8151, punt 33).

11 — Arresten van 24 september 1987, Coenen (37/86, Jurispr. blz. 3589, punt 8), en 5 maart 2009, Kattner Stahlbau (C-350/07, Jurispr. blz. I-1513, punt 24).

12 — Arresten van 13 november 2003, Neri (C-153/02, Jurispr. blz. I-13555, punten 34 e.v.); 29 april 2004, Orfanopoulos en Oliveri (C-482/01 en C-493/01, Jurispr. blz. I-5257, punt 42), en 12 januari 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Jurispr. blz. I-589, punt 21).

B — *De eerste drie prejudiciële vragen in zaak C-378/08*

44. De eerste drie vragen in zaak C-378/08 zijn erop gericht te vernemen of het met het in artikel 174 EG geformuleerde beginsel dat „de vervuiler betaalt" en met de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn verenigbaar is, bepaalde personen op grond van hun bedrijfwerkzaamheden of hun hoedanigheid van eigenaar van terreinen de verplichting tot wegwerking van milieuschade op te leggen ongeacht of zij tot het ontstaan van die schade hebben bijgedragen en of hun schuld kan worden verweten.

45. In het verzoek om een prejudiciële beslissing wordt weliswaar verwezen naar artikel 174 EG, doch deze bepaling behoeft niet afzonderlijk te worden onderzocht. In dat artikel worden slechts de algemene doelstellingen van de Gemeenschap op milieugebied omschreven, die door de gemeenschapswetgever nader moeten worden uitgewerkt vooraleer zij de lidstaten binden. [13] Artikel 174 EG is dus geen maatstaf voor de toepasselijkheid van nationale aansprakelijkheidsregels.

46. Daarentegen kan niet worden uitgesloten dat de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn in de weg staat aan nationale aansprakelijkheidsregels. Bij de uitlegging van deze richtlijn is vooral artikel 174 EG en het daarin geformuleerde beginsel dat „de vervuiler betaalt" van belang, aangezien deze richtlijn de basisbeginselen van het milieubeleid van de Gemeenschap ten uitvoer legt.

47. Volgens de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn moet de in het verzoek om een prejudiciële beslissing uiteengezette beschreven aansprakelijkheid naar Italiaans recht niet worden ingevoerd en is zij ook niet uitdrukkelijk verboden. Artikel 16 van die richtlijn belet namelijk niet dat de lidstaten strengere bepalingen inzake preventie en herstel van milieuschade handhaven of invoeren, met inbegrip van het bepalen van verdere verantwoordelijke partijen.

48. Artikel 16 van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn neemt grosso modo artikel 176 EG over. Volgens dit artikel beletten uit hoofde van artikel 175 EG vastgestelde maatregelen, dat wil zeggen zuiver milieurechtelijke regelingen van de Gemeenschap [14], niet dat een lidstaat verdergaande beschermingsmaatregelen handhaaft en treft.

13 — Arrest van 14 juli 1994, Peralta (C-379/92, Jurispr. blz. I-3453, punten 57 e.v.).

14 — Voor afwijkingen van milieurechtelijke maatregelen, die op zijn minst ook op artikel 95 EG moeten worden gebaseerd, bevatten de leden 4 tot en met 6 van laatstgenoemd artikel bijzondere regelingen.

49. Volgens het Hof van Justitie moet een verdergaande beschermingsmaatregel in de zin van artikel 176 EG in dezelfde lijn milieubescherming nastreven als de omstreden richtlijn [15] of daarmee verenigbaar zijn. [16] Maatregelen die niet voldoen aan deze eisen, zijn in strijd met de richtlijn of betreffen punten die in de richtlijn niet worden geregeld.

50. De dwingende rechtswerking van het gemeenschapsrecht verzet zich ertegen dat de lidstaten maatregelen zouden kunnen treffen die in strijd zijn met de richtlijn. De richtlijn staat in de weg aan dergelijke maatregelen.

51. Een beroep op artikel 176 EG is daarentegen uitgesloten wanneer de nationale maatregel een punt betreft dat in de richtlijn niet is geregeld. Het begrip verdergaande beschermingsmaatregel vooronderstelt logischerwijze een vergelijking. Een noodzakelijke voorwaarde voor een „verdergaande beschermingsmaatregel" is het bestaan van een potentieel minder ver gaande maatregel in het gemeenschapsrecht. Is er geen sprake van een dergelijke maatregel, dan kan er ook geen sprake zijn van een verdergaande maatregel. Aangezien de lidstaat in geval van ontbreken van relevante bepalingen van gemeenschapsrecht slechts zijn eigen bevoegdheden uitoefent, kunnen zuiver milieurechtelijke bepalingen van de Gemeenschap in dat geval niet in de weg staan aan de werking van nationale regelingen. In hoeverre andere gemeenschapsrechtelijke bepalingen in de weg staan aan nationale maatregelen, wordt in artikel 176 EG niet geregeld.

52. Deze overwegingen gelden niet alleen voor verdergaande beschermingsmaatregelen in de zin van artikel 176 EG, maar ook voor strengere maatregelen als bedoeld in artikel 16 van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn.

1. De toepasselijkheid van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn

53. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn kan dus slechts als vergelijkingsmaatstaf voor strengere maatregelen worden gebruikt indien zij van toepassing is. Betwijfeld wordt echter niet alleen of de feiten van de hoofdgedingen onder de temporele werkingssfeer van de richtlijn vallen, maar ook of zij onder de materiële werkingssfeer van de richtlijn vallen.

15 — Arrest van 14 april 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe (C-6/03, Jurispr. blz. I-2753, punt 41).

16 — Arrest Deponiezweckverband Eiterköpfe (aangehaald in voetnoot 15, punt 52).

a) De temporele werkingssfeer van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn

54. Volgens de artikelen 17 en 19, lid 1, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is deze richtlijn niet van toepassing op schade, veroorzaakt door een emissie, een gebeurtenis of een incident die/dat vóór 30 april 2007 heeft plaatsgevonden. Zij is evenmin van toepassing op schade, veroorzaakt door een emissie, een gebeurtenis of een incident die/dat na die datum heeft plaatsgevonden, indien de schade het gevolg is van een specifieke activiteit die heeft plaatsgevonden en is beëindigd vóór die datum.

55. Om die reden verklaren de Italiaanse en de Nederlandse regering en Commissie in hun opmerkingen dat zij betwijfelen of de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn ratione temporis van toepassing is. Zij gaan ervan uit dat alle weg te werken milieuschade vóór 30 april 2007 is ontstaan. Indien dit het geval is, moet de stelling van deze regeringen worden aanvaard.

56. Zoals de Nederlandse regering terecht heeft opgemerkt, berust het in het hoofdgeding bestreden besluit onder meer op een onderzoek dat reeds in april 2007, dus vóór de relevante datum was voorgelegd. Volgens de bondige beschrijving die in het verzoek om een prejudiciële beslissing van de milieuschade is gegeven, wordt het gebied van de Rada di Augusta overigens gekenmerkt door fenomenen die worden veroorzaakt door een milieuvervuiling die vermoedelijk reeds lange tijd geleden is begonnen. [17]

57. De activiteiten waarvan wordt aangenomen dat zij de schade hebben veroorzaakt, worden echter blijkbaar nog steeds uitgeoefend. Daaruit concludeer ik dat de te herstellen milieuschade naar het oordeel van de verwijzende rechter cumulatieve schade is, die weliswaar voor een groot deel reeds vóór 30 april 2007 is ontstaan, wat echter niet uitsluit dat het milieu sedertdien verder is vervuild. Of dit inderdaad het geval is, kan in de prejudiciële procedure niet door het Hof van Justitie worden uitgemaakt. [18] Het vaststellen van de feiten blijft immers de taak van de bevoegde nationale rechter.

58. Uit de bewoordingen van artikel 17, eerste en tweede streepje, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn en uit de opzet van deze richtlijn blijkt dat deze richtlijn in een dergelijk geval van cumulatieve schade van

17 — Polimeri e.a. hebben tijdens de mondelinge behandeling zelfs aangevoerd dat de schade is veroorzaakt door vervuilingen uit de jaren 1958 tot en met 1979.

18 — Zie de arresten waarnaar in voetnoot 12 wordt verwezen.

toepassing is op het deel van de schade dat na 30 april 2007 is ontstaan of dreigt te ontstaan.

59. Volgens artikel 17, eerste streepje, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is toepassing op vóór het relevante tijdstip veroorzaakte schade (oude schade) uitgesloten.

60. Bovendien is de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn volgens artikel 17, tweede streepje, niet van toepassing op schade, veroorzaakt door een emissie, een gebeurtenis of een incident die/dat na het relevante tijdstip heeft plaatsgevonden, indien de schade het gevolg is van een specifieke activiteit die vóór dat tijdstip heeft plaatsgevonden en is beëindigd.

61. Typische gevallen waarin deze tweede regeling van toepassing is, zijn vermoedelijk vooral oude vervuilingen die nieuwe schade veroorzaken, bijvoorbeeld het geval dat uit een afvalstortplaats schadelijke stoffen weglekken die water in de buurt vervuilen. Ook deze vorm van verspreiding van schadelijke stoffen kan als emissie worden aangemerkt. [19] In het Duitse aansprakelijkheidsrecht is voor dit soort schade het beeldend begrip „Weiterfressen" (sluipen) ontwikkeld. [20]

62. Artikel 17, eerste en tweede streepje, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn beoogt toepassing met terugwerkende kracht van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn uit te sluiten. Dit doel had de Commissie reeds tijdens de voorbereiding van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn nagestreefd. [21] In punt 30 van de considerans van de richtlijn is dit overgenomen in de overweging dat op schade die vóór het verstrijken van de voor de tenuitvoerlegging van deze richtlijn vastgestelde termijn is veroorzaakt, de bepalingen van de richtlijn niet van toepassing zijn.

63. De onderliggende grond voor het uitsluiten van terugwerkende kracht is het rechtszekerheidsbeginsel, dat zich in het algemeen ertegen verzet dat een gemeenschapsbesluit

19 — Cf. de definitie in artikel 2, punt 8, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn: „het als gevolg van menselijke activiteiten in het milieu brengen van stoffen, preparaten, organismen of micro-organismen".

20 — Cf. arrest van het Bundesgerichtshof van 24 november 1976 (VIII ZR 137/75, *Neue Juristische Wochenschrift* 1977, blz. 379 [381]).

21 — In het Witboek van de Commissie betreffende milieuaansprakelijkheid [COM(2000) 66 def. van 9 februari 2000, blz. 14 e.v.] en in het voorstel van de Commissie van 23 januari 2002 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade [COM(2002) 17 def. van 23 januari 2002, blz. 17 en 24] wordt toepassing met terugwerkende kracht uitdrukkelijk uitgesloten.

reeds vóór de bekendmaking ervan van kracht is. Hiervan kan bij slechts bij wijze van uitzondering worden afgeweken, indien dit voor het te bereiken doel noodzakelijk is en het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen naar behoren in acht is genomen. [22] De wetgever heeft de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn echter uitdrukkelijk geen terugwerkende kracht willen verlenen.

64. Anderzijds kan een nieuwe bepaling onmiddellijk van toepassing zijn op de toekomstige gevolgen van een voordien ontstane situatie. [23] Aan het vertrouwensbeginsel mag immers niet een zo ruime draagwijdte worden gegeven dat een nieuwe regeling nooit van toepassing kan zijn op de toekomstige gevolgen van voordien ontstane situaties. [24]

65. Tegen deze achtergrond gelezen wordt de vóór 30 april 2007 ontstane schade in artikel 17, eerste streepje, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn omschreven als een afgesloten geheel van feiten waarop de richtlijn niet meer van toepassing.

66. Anders dan de Griekse regering tijdens de schriftelijke behandeling heeft betoogd, geldt dit ook wanneer de schade veroorzakende werkzaamheid weliswaar vóór het relevante tijdstip is begonnen, maar daarna is voortgezet. Dergelijke situaties vallen weliswaar niet onder artikel 17, tweede streepje, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn, volgens hetwelk de activiteit vóór die datum moet zijn beëindigd, doch volgens artikel 17, eerste streepje, is de richtlijn niet van toepassing op dergelijke activiteiten voor zover deze vóór het relevante tijdstip hebben plaatsgevonden.

67. Zoals de Commissie terecht heeft betoogd, is de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn daarentegen van toepassing wanneer een voortgezette activiteit nieuwe schade veroorzaakt. Dit is alleen al nodig voor het nakomen van de in artikel 5 geformuleerde verplichting om milieuschade te voorkomen. Deze regeling geeft niet alleen uitvoering aan het beginsel dat „de vervuiler betaalt", maar daarnaast ook aan twee andere in artikel 174, lid 2, EG genoemde beginselen van het milieurecht van de Gemeenschap, namelijk preventief handelen en bestrijding van de milieuaantastingen aan de bron.

22 — Arresten van 25 januari 1979, Racke (98/78, Jurispr. blz. 69, punt 20); 22 november 2001, Nederland/Raad (C-110/97, Jurispr. blz. I-8763, punt 151), en 29 april 2004, Sudholz (C-17/01, Jurispr. blz. I-4243, punt 33).

23 — Arresten van 5 december 1973, SOPAD (143/73, Jurispr. blz. 1433, punt 8); 10 juli 1986, Licata/ESC (270/84, Jurispr. blz. 2305, punt 31); 2 oktober 1997, Saldanha en MTS (C-122/96, Jurispr. blz. I-5325, punt 14); 29 januari 2002, Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, Jurispr. blz. I-1049, punt 50), en 11 december 2008, Commissie/Freistaat Sachsen (C-334/07 P, Jurispr. blz. I-9465, punt 43).

24 — Arresten van 16 mei 1979, Tomadini (84/78, Jurispr. blz. 1801, punt 21); 14 januari 1987, Duitsland/Commissie (278/84, Jurispr. blz. 1, punt 36), en 29 juni 1999, Butterfly Music (C-60/98, Jurispr. blz. I-3939, punt 25), en het arrest Pokrzeptowicz-Meyer (aangehaald in voetnoot 23, punt 55).

68. De omstandigheid dat een activiteit reeds vóór de inwerkingtreding van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is begonnen, staat niet in de weg aan de verplichting tot voorkoming van schade. Wanneer een installatie bijvoorbeeld reeds lange tijd bij normale exploitatie milieuschade veroorzaakt, moet op grond van de richtlijn deze schade vanaf 30 april 2007 in beginsel worden voorkomen.

69. In het onderhavige geval kan inzonderheid niet worden uitgesloten dat de in de zaken C-379/08 en C-380/08 in geding zijnde verplichting om een fysieke barrière aan te brengen, ook is gericht op het voorkomen van toekomstige milieuschade bij verdere exploitatie van de installatie. Of die maatregel geschikt is om dat doel te bereiken, moet in voorkomend geval door de bevoegde nationale rechter worden uitgemaakt.

70. De verplichting tot voorkoming van schade impliceert ook dat schade die had kunnen worden voorkomen, maar niettemin is ontstaan, moet worden weggewerkt. Bijgevolg dient de sedert het relevante tijdstip door voortgezette activiteiten veroorzaakte schade volgens de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn te worden weggewerkt. Artikel 8, lid 4, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn voorziet echter in de mogelijkheid dat de exploitant van de kosten van de herstelmaatregelen wordt vrijgesteld indien de betrokken activiteiten volgens de toepasselijke bepalingen en/of volgens de stand van de techniek op het betrokken tijdstip zijn uitgeoefend.

71. Bij cumulatieve schade kan het in de praktijk weliswaar moeilijk zijn, de grens te trekken tussen oude en nieuwe schade, doch het probleem van schade met cumulatieve oorzaken is ook in andere sectoren van het schaderecht bekend en geenszins onoplosbaar. Artikel 9 van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn biedt de lidstaten een aanzienlijke speelruimte waar het bepaalt dat de richtlijn nationale bepalingen betreffende de verdeling van de kosten over meerdere schade veroorzakende partijen onverlet laat. Dit geldt ook voor schade veroorzakende partijen die als veroorzakers van oude schade niet onder de richtlijn vallen, maar als veroorzakers van nieuwe schade wel.

72. Bijgevolg moet alleen nog worden uitgemaakt, of nieuwe schade die is ontstaan door *sluipende* oude schade onder de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn valt wanneer de schadeveroorzakende activiteit wordt voortgezet.

73. Een dergelijke uitlegging zou op de tekst van artikel 17, tweede streepje, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn kunnen worden gebaseerd, omdat de schade veroorzakende activiteit niet is beëindigd, maar wordt voortgezet. De voortzetting van de activiteit en het voortsluipen van oude schade zouden dan wijzen op een situatie die nog niet is afgesloten en waarvoor een nieuwe voor de toekomst geldende regeling wordt vastgesteld. Daarmee zou tegelijkertijd voor de toekomst worden gegarandeerd dat dergelijke sluipende schade naar maatstaf van de richtlijn wordt beperkt.

74. De werking van de richtlijn wordt daardoor echter indirect uitgebreid tot activiteiten die vóór de inwerkingtreding ervan werden uitgeoefend, en juist dat beoogde de regeling inzake de temporele werkingssfeer van de richtlijn te voorkomen.

75. De verplichting tot voorkoming van milieuschade leidt niet tot een ander resultaat. Het voorkomen van milieuschade bij de uitoefening van een activiteit is van een totaal andere aard dan het verhinderen van het sluipen van oude schade. Maatregelen om het sluipen van oude schade te verhinderen kunnen haast niet meer als voorkoming of bestrijding van milieuaantastingen aan de bron worden aangemerkt. Vaak komen zij veeleer neer op het wegwerken van oude schade. In een dergelijke verplichting voor de exploitant voorziet de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn echter juist niet. Het voorkomen van toekomstige nieuwe schade bij de uitoefening van een activiteit knoopt daarentegen juist aan bij de activiteit. Dat een dergelijke activiteit in de toekomst geen schade meer mag veroorzaken, is het uitdrukkelijke doel van de richtlijn.

76. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is derhalve niet van toepassing op milieuschade die is veroorzaakt door activiteiten die vóór 30 april 2007 werden uitgeoefend. Zij staat dus niet in de weg aan nationale regelingen betreffende het herstellen van dergelijke schade.

b) De materiële werkingssfeer van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn

77. Verder betwijfelt de Commissie of de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn ratione materiae van toepassing is op de feiten van de hoofdgedingen. Haar twijfel is gebaseerd op de overweging van de nationale rechter dat wegens het grote aantal aan de Rada di Augusta werkzame ondernemingen de

vaststelling van individuele verantwoordelijkheid nagenoeg onmogelijk is.

78. Volgens artikel 4, lid 5, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is deze alleen dan van toepassing op milieuschade als gevolg van diffuse verontreiniging wanneer een oorzakelijk verband kan worden gelegd tussen de schade en de activiteiten van individuele exploitanten.

79. Deze bepaling maakt weliswaar deel uit van de uitzonderingen waarin de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn voorziet, doch in feite gaat het veeleer om een verduidelijking van de draagwijdte van de in artikel 3, lid 1, geformuleerde algemene regel inzake de toepassing van de richtlijn. Volgens deze regel is de richtlijn van toepassing op milieuschade die door een beroepsactiviteit wordt veroorzaakt. Artikel 4, lid 5, verduidelijkt dat zij ook van toepassing is op schade als gevolg van diffuse verontreiniging. Dergelijke verontreinigingen vallen in beginsel dus niet buiten de werkingssfeer van de richtlijn voor zover het noodzakelijke causale verband kan worden vastgesteld.

80. Artikel 4, lid 5, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn berust op de overweging dat het bij diffuse verontreinigingen in de praktijk bijzonder moeilijk kan zijn, een concrete oorzaak aan te tonen. Dit blijkt uit de voorbeelden die de Commissie bij de voorbereiding van deze regeling voor ogen stonden: de klimatologische gevolgen van de uitstoot van kooldioxide en andere stoffen, de aantasting van bossen ten gevolge van zure regen en de door het verkeer veroorzaakte luchtverontreiniging. [25] Dit laat de materiële werkingssfeer van de richtlijn echter onverlet.

81. De in artikel 3, lid 1, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn geformuleerde toepassingsvoorwaarde, namelijk dat de betrokken milieuschade door een beroepsactiviteit is veroorzaakt, moet echter restrictief worden uitgelegd. De richtlijn voorziet immers ook in een onderzoek naar de oorzaken van de schade. Volgens artikel 11, lid 2, dient de bevoegde instantie na te gaan welke exploitant de schade of de onmiddellijke dreiging van schade heeft veroorzaakt. Bovendien kunnen op grond van de artikelen 5, lid 4, 6, lid 3, en 8, lid 2, tweede alinea, maatregelen worden getroffen wanneer niet kan worden vastgesteld wie de veroorzaker is. Deze bepalingen, die hierna nader zullen worden besproken [26], zouden nutteloos zijn indien de richtlijn niet kan worden toegepast zolang de oorzaak van de schade niet vaststaat.

25 — Witboek (aangehaald in voetnoot 21, blz. 11).
26 — Zie hieronder punten 118 e.v.

82. Voor aansprakelijkheid voor milieuschade in de zin van de richtlijn geldt dus inderdaad als conditio sine qua non dat de schade door een beroepsactiviteit is veroorzaakt. Andere bepalingen van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn kunnen daarentegen van toepassing zijn ofschoon (nog) niet vaststaat dat de betrokken schade door een dergelijke activiteit is veroorzaakt.

c) De verantwoordelijkheid volgens de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn

83. Voor zover de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn van toepassing is op het hoofdgeding, kan de daarin vervatte regeling inzake de verantwoordelijkheid voor het wegwerken van milieuschade eventueel tot gevolg hebben dat sommige nationale bepalingen buiten toepassing moeten worden gelaten gelet op het beginsel dat de vervuiler betaalt.

84. Volgens artikel 174, lid 2, EG is het beginsel dat de vervuiler betaalt, een van de fundamenten van het milieubeleid van de Gemeenschap. In artikel 1 en in punt 2 van de considerans van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn wordt daarom bepaald dat bij het voorkomen en herstellen van milieuschade van dat beginsel moet worden uitgegaan. Het beginsel dat de vervuiler betaalt, is dus het basisbeginsel van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn.

85. Het Duitse begrip „Verursacherprinzip" houdt in dat de veroorzaker van een verontreiniging instaat voor het wegwerken daarvan. Uit andere taalversies, waarin uitdrukkelijk wordt gezegd dat „de vervuiler betaalt" („*polluter-pays*" *principle, principe du „polleur-payeur*"), blijkt duidelijk dat het bij dat beginsel gaat om een regeling inzake de toewijzing van de kosten. [27] Niet de samenleving of derden, maar de vervuiler, dient de kosten van het wegwerken van de verontreiniging te dragen. Bijgevolg is er sprake van een internalisering van de milieukosten, dat wil zeggen de milieukosten worden opgenomen in de productiekosten van de vervuilende onderneming. [28]

86. Dit zet potentiële veroorzakers van milieuschade ertoe aan, milieuverontreiniging te voorkomen. [29] Naast de functie, de kosten

27 — Zie dienaangaande mijn conclusie van 13 maart 2008, Commune de Mesquer (C-188/07, Jurispr. 2008, blz. I-4501, punt 120).

28 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 30 april 2002, GEMO (C-126/01, Jurispr. 2003, blz. I-13769, punt 66).

29 — Zie punt 1 van de bijlage bij aanbeveling 75/436/Euratom, EGKS, EEG van de Raad van 3 maart 1975 betreffende de toekenning van de kosten en het optreden van de overheid op milieugebied, PB L 194, blz. 94.

billijk te verdelen, heeft het beginsel dat de vervuiler betaalt, dus ook een stimulerende functie en dient dat beginsel de voorkoming van milieuschade. [30]

87. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn concretiseert het beginsel dat de vervuiler betaalt, inzonderheid door in artikel 6 de verantwoordelijke exploitant tot herstel te verplichten en door in artikel 8, lid 1, te bepalen dat de exploitant de kosten voor de overeenkomstig deze richtlijn genomen preventieve maatregelen en herstelmaatregelen draagt. Exploitant is volgens artikel 2, punt 6, degene die verantwoordelijk is voor de activiteit die de schade heeft veroorzaakt. Hij is degene die wegens zijn activiteit in beginsel het best geplaatst is om milieuschade te voorkomen.

88. In de praktijk kan een nadere regeling voor schade op terreinen van derden noodzakelijk zijn. De eigenaars van dergelijke terreinen worden door de richtlijn bij de zaak betrokken in die zin dat zij overeenkomstig artikel 7, lid 4, worden gehoord. Daaruit kan echter niet worden geconcludeerd dat degene die tot herstel verplicht is, zonder meer werken op aan derden toebehorende terreinen mag uitvoeren.

89. Artikel 3, lid 1, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn voorziet overigens niet in aansprakelijkheid voor alle milieuschade en maakt voor die aansprakelijkheid bovendien onderscheid tussen verschillende soorten schade.

90. Het ziet enerzijds op milieuschade die door een in bijlage III genoemde beroepsactiviteit is veroorzaakt (artikel 3, lid 1, sub a, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn). Bijlage III noemt verschillende activiteiten die volgens andere bepalingen van het milieurecht van de Gemeenschap met bijzondere risico's voor het milieu gepaard gaan. In het onderhavige geval kunnen bijvoorbeeld de sub 1 en/of sub 7 van deze bijlage genoemde activiteiten relevant zijn, namelijk de exploitatie van een installatie waarvoor overeenkomstig richtlijn 96/61 [31] een vergunning is vereist, of

30 — Cf. mijn uiteenzetting over de functies van het beginsel dat de vervuiler betaalt, in mijn conclusie van 30 april 2009, Futura Immobiliare e.a. (C-254/08, Jurispr. blz. I-6995, punten 30 e.v.).

31 — Richtlijn 96/61/EG van de Raad van 24 september 1996 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (PB L 257, blz. 26), gecodificeerd bij richtlijn 2008/1/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 januari 2008 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (PB L 24, blz. 8).

de fabricage, het gebruik, de opslag, de verwerking, de storting, de emissie in het milieu en het vervoer op het terrein van de onderneming van bepaalde gevaarlijke stoffen.

91. Daarnaast voorziet artikel 3, lid 1, sub b, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn in aansprakelijkheid bij andere activiteiten waarbij de exploitant schuld of nalatigheid kan worden verweten met betrekking tot het ontstaan van schade aan beschermde soorten of aan natuurlijke habitats die overeenkomstig artikel 6, leden 3 en 4, of 16 van de habitatrichtlijn [32] of artikel 9 van de vogelbeschermingsrichtlijn [33] worden beschermd. Er is echter niets aangedragen of aangevoerd dat op een dergelijke schade wijst.

92. Aangezien voor de aansprakelijkheid voor schade aan beschermde soorten of aan natuurlijke habitats uitdrukkelijk schuld is vereist, kan a contrario worden geconcludeerd dat voor de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door de in bijlage III genoemde activiteiten in beginsel geen schuld is vereist. Dit blijkt ook uit de door artikel 8, lid 4, aan de lidstaten geboden mogelijkheid om te bepalen dat de exploitant de kosten van de herstelmaatregelen niet behoeft te dragen wanneer hem geen schuld treft *en* voor de schade veroorzakende activiteit een vergunning was verleend of deze activiteit volgens de stand van de technologische kennis op het betrokken tijdstip was uitgeoefend. De strenge schuldloze aansprakelijkheid beantwoordt aan de bijzondere risico's voor het milieu die bij de uitoefening van de betrokken, naar de aard ervan gevaar opleverende activiteiten op de koop toe worden genomen.

93. In beide gevallen is voor aansprakelijkheid op grond van artikel 3, lid 1, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn op zijn minst vereist dat de schade door de genoemde activiteiten is veroorzaakt. Volgens artikel 11, lid 2, dient de bevoegde nationale instantie vast te stellen welke exploitant de schade heeft veroorzaakt. Los daarvan is de exploitant volgens de artikelen 5 tot en met 7 verplicht, milieuschade te voorkomen, en in voorkomend geval te herstellen, en de bevoegde instanties te informeren. Volgens artikel 8, lid 3, is de exploitant niet aansprakelijk wanneer hij aantoont dat de schade is veroorzaakt door derden of het gevolg is van het opvolgen van instructies van een overheidsinstantie.

94. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is er dus op gericht, het beginsel dat de vervuiler betaalt, in een bepaalde vorm te concretiseren. In beginsel dienen de exploitanten de kosten van de door hen veroorzaakte

32 — Richtlijn 92/43/EEG van de Raad van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna (PB L 206, blz. 7).

33 — Richtlijn 79/409/EEG van de Raad van 2 april 1979 inzake het behoud van de vogelstand (PB L 103, blz. 1).

milieuschade te dragen. Deze toewijzing van de kosten zet de exploitanten ertoe aan milieuschade te voorkomen. Deze toewijzing is billijk omdat de exploitanten, vooral in het geval van schuldloze aansprakelijkheid, een gevaar opleverende activiteit verrichten en in de regel ook de winst uit die activiteit opstrijken.

95. Zolang niet bekend is wie de schade heeft veroorzaakt, bestaat er op grond van de richtlijn daarentegen geen verplichting tot herstel. Aangezien dit volgens het verzoek om een prejudiciële beslissing in de hoofdgedingen het geval is, kunnen de litigieuze verplichtingen tot herstel niet als een toepassing van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn worden aangemerkt.

d) De aansprakelijkheid zonder de schade te hebben veroorzaakt

96. Met zijn tweede vraag in zaak C-378/08 wenst de verwijzende rechter te vernemen of de verplichting tot wegwerking van milieuschade mag worden opgelegd aan de houder van zakelijke rechten in het vervuilde gebied en/of aan degene die in dat gebied bedrijfsactiviteiten uitoefent. Ter precisering van deze vraag verklaart de verwijzende rechter dat de aansprakelijkheid uitsluitend wordt toegewezen op grond van de „positie" waarin deze persoon zich bevindt (dat wil zeggen op grond van diens hoedanigheid van binnen dat gebied werkzame marktdeelnemer). Een causaal verband tussen de handelwijze van de betrokkene en de vervuiling moet niet worden aangetoond.

97. Volgens de Commissie kan een dergelijke aansprakelijkheid als strengere maatregel in de zin van artikel 176 EG en artikel 16 van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn worden aanvaard.

98. Deze stelling kan ik echter niet zonder meer volgen. Aansprakelijkheid los van enige bijdrage tot het veroorzaken van de schade gaat in tegen de opzet van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn en is ook niet in overeenstemming met de richtlijn wanneer zij leidt tot een vermindering van de aansprakelijkheid van degene die volgens de richtlijn verantwoordelijk is voor de milieuschade. De richtlijn wil de verantwoordelijke exploitant er immers juist toe aanzetten, milieuschade te voorkomen, en bepaalt dat deze de kosten van het herstel van de desalniettemin ontstane schade moet dragen.

99. In welke omstandigheden de schade veroorzakende exploitant de kosten niet behoeft

te dragen, is met name in artikel 8 van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn geregeld. Verdergaande vrijstellingen van de kosten zullen in de regel de concretisering van het beginsel dat de vervuiler betaalt, ondermijnen. Zij zullen de van de aansprakelijkheid uitgaande stimulus verminderen en de door gemeenschapswetgever billijk geachte toewijzing van de kosten wijzigen.

100. Uit artikel 16, lid 1, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn blijkt echter reeds dat de schade veroorzakende exploitant niet de enig mogelijk verantwoordelijke partij is. Deze bepaling biedt de lidstaten immers uitdrukkelijk de mogelijkheid, verdere verantwoordelijke partijen te bepalen.

101. Dat aanvullende aansprakelijkheidsregelingen toelaatbaar zijn, blijkt bovendien uit de artikelen 5, lid 4, 6, lid 3, en 8, lid 2, tweede alinea, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn. Volgens deze bepalingen kan de bevoegde instantie zelf en in voorkomend geval op eigen kosten herstelmaatregelen of preventieve maatregelen treffen wanneer de schade veroorzakende exploitant niet kan worden geïdentificeerd. Deze regelingen, die in het voorstel van de Commissie niet voorkwamen, zijn door de Raad op verzoek van verschillende lidstaten ingevoerd. [34]

102. Om te voorkomen dat de primaire aansprakelijkheid van de verantwoordelijke exploitant wordt uitgehold, mag artikel 16, lid 1, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn niet aldus worden uitgelegd dat de lidstaten andere [35] verantwoordelijke partijen mogen bepalen, die in diens plaats treden. Ook het bepalen van verdere [36] verantwoordelijke partijen die in dezelfde rang aansprakelijk zijn en zijn aansprakelijkheid verminderen, moet worden afgewezen.

103. Verder kan ook worden betwijfeld of het nuttig is, eerst, zonder dat dit nodig is, een andere partij aan te spreken, die vervolgens haar kosten op de verantwoordelijke exploitant dient te verhalen. Artikel 8, lid 3, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn lijkt die

34 — Cf. artikelen 4, lid 4, 5, lid 3, en 6 bis, lid 4, van het ontwerp van 16 april 2002, document nr. 7771/02 van de Raad, en artikel 8, lid 4, van het ontwerp van 7 mei 2002, document nr. 8647/02 van de Raad.

35 — Inzonderheid de Franse, de Italiaanse, de Spaanse, de Portugese en de Roemeense taalversie van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn.

36 — Inzonderheid de Duitse en de Engelse taalversie.

mogelijkheid te bieden, aangezien volgens die bepaling de lidstaten de exploitant in staat dienen te stellen de door hem gemaakte herstelkosten terugbetaald te krijgen wanneer deze aantoont dat de schade door derden of ten gevolge van instructies van de overheid is veroorzaakt. Dit vindt zijn verklaring echter in het feit dat de exploitant doorgaans het best geplaatst is om de schade te herstellen, aangezien hij zeggenschap heeft over de bron van de schade en althans over de in eerste instantie betrokken terreinen. Andere schade veroorzakende partijen kunnen daarentegen meestal slechts voor de kosten worden aangesproken.

104. De aansprakelijkheid van andere partijen dient veeleer aanvullend te zijn. Hun aansprakelijkheid mag slechts intreden wanneer geen schade veroorzakende exploitant kan worden aangesproken.

105. Met inachtneming van deze beperking kunnen de lidstaten zowel het beginsel dat de vervuiler betaalt, op een andere wijze concretiseren dan in de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is gebeurd (zie daarover sub i), als voorzien in een regeling van aansprakelijkheid zonder dat tot het ontstaan van de schade is bijgedragen (zie daarover sub ii).

i) Aanvullende modellen van aansprakelijkheid op basis van het beginsel dat de vervuiler betaalt

106. Het ligt voor de hand, verdere verantwoordelijke partijen allereerst eveneens te bepalen op grond van het beginsel dat de vervuiler betaalt. Wegens de complexiteit van de oorzaken van milieuschade beschikken zowel de lidstaten als de Gemeenschap [37] dienaangaande over een grote speelruimte. In de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is die speelruimte van de Gemeenschap niet ten volle benut. Volgens de richtlijn kan alleen de verantwoordelijke exploitant als vervuiler worden aangesproken; de richtlijn biedt de lidstaten echter de mogelijkheid verdere vervuilers aansprakelijk te stellen. Artikel 16, lid 1, voorziet bijvoorbeeld in het bepalen van extra activiteiten waarop de bepalingen van de richtlijn van toepassing zullen zijn.

107. In casu zou bijvoorbeeld ook kunnen worden overwogen, de eigenaar of de gebruiker van een terrein waarvan de toestand — bijvoorbeeld door sluipende oude schade — milieuschade veroorzaakt, los van zijn beroepsactiviteit aan te merken als vervuiler. De oorzaak van de schade bevindt zich immers in zijn machtsgebied en voor het wegwerken van de schade is zijn medewerking vereist. De eigenaar of de

37 — Cf. mijn conclusie Futura Immobiliare e.a. (aangehaald in voetnoot 30, punten 52 e.v., inzonderheid punt 58).

gebruiker van het terrein voor deze schade aanspreken zou dus niet indruisen tegen het beginsel dat de vervuiler betaalt.

108. Het zou evenmin indruisen tegen het beginsel dat de vervuiler betaalt, de rechtsopvolger van degene die schade heeft veroorzaakt, als vervuiler aan te merken, althans wanneer de oorspronkelijke vervuiler niet meer kan worden aangesproken.

109. Bovendien is een verplichting om de kosten te betalen in beginsel ook dan in overeenstemming met het beginsel dat de vervuiler betaalt, wanneer weliswaar een bijdrage tot het veroorzaken van de schade, maar niet de omvang van die bijdrage kan worden vastgesteld. Vaak zal het in de praktijk immers moeilijk of zelfs onmogelijk zijn, exact te berekenen in welke mate elke betrokkene tot het ontstaan van een bepaalde milieuschade heeft bijgedragen. Het beginsel dat de vervuiler betaalt, zou worden ondermijnd wanneer de betrokkenen in dat geval volledig vrijuit gaan. In dergelijke gevallen zouden de lidstaten de kosten aan alle identificeerbare vervuilers gezamenlijk kunnen opleggen. In het nationale recht zouden dan de nodige regelingen voor de omslag van de kosten over de verschillende vervuilers dienen te worden getroffen en deze regelingen zouden kunnen aanleunen bij de overeenkomstige bepalingen van andere takken van het recht betreffende schadevergoeding. Een dergelijke bevoegdheid van de lidstaten is in overeenstemming met de bepalingen van artikel 9 van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn.

110. In de regelgevingsprocedure is de Commissie er kennelijk van uitgegaan dat het beginsel dat de vervuiler betaalt, niet eraan in de weg staat dat van een mogelijke veroorzaker van de schade wordt verlangd dat hij het bewijs levert dat hij de schade niet heeft veroorzaakt.[38] Uiteindelijk stelde zij voor, ten minste de bewijslast met betrekking tot de omstandigheid dat de schade binnen de temporele werkingssfeer van de richtlijn is veroorzaakt, te verlichten.[39] Ook al is deze regeling niet overgenomen in de definitieve versie van de richtlijn, toch is het — onder voorbehoud van de hierna te bespreken regels van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn betreffende het onderzoek naar de oorzaken van de schade[40] — denkbaar dat in het nationale recht dienovereenkomstig weerlegbare vermoedens over het veroorzaken van schade worden geformuleerd.

ii) Aanvullende modellen van aansprakelijkheid zonder bijdrage tot het veroorzaken van de schade

111. Volgens Polimeri e.a. zou aansprakelijkheid waarvoor geen causaal verband tussen de activiteit van de aansprakelijke persoon en de schade is vereist, in strijd zijn met het in de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn verankerde beginsel dat de vervuiler betaalt. Bij deze stelling kan ik mij in zoverre aansluiten dat afbreuk zou worden gedaan aan de aan dit

38 — Witboek (aangehaald in voetnoot 21, blz. 19).

39 — Artikel 19, lid 2, van het voorstel (aangehaald in voetnoot 21, blz. 46).

40 — Zie hieronder punten 118 e.v.

beginsel inherente functie van billijke toewijzing van de kosten, indien de herstelkosten zouden worden opgelegd aan iemand die de schade niet heeft veroorzaakt. [41]

112. Uit het beginsel dat de vervuiler betaalt, kan echter niet worden afgeleid dat het absoluut verboden is om de kosten van het wegwerken van milieuschade te doen dragen door anderen. Een dergelijk verbod zou er immers op neerkomen dat men zich bij de milieuschade neerlegt wanneer de vervuiler niet kan worden aangesproken. Ook bij sanering ten laste van de gemeenschap worden de kosten immers gedragen door iemand die niet verantwoordelijk is voor de schade. Zich neerleggen bij de milieuschade is echter in strijd met het doel, een hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu te bevorderen. Het beginsel dat de vervuiler betaalt, is ondergeschikt aan dit niet alleen in lid 2 maar ook in lid 1 van artikel 174 EG, en vooral in artikel 2 EG, geformuleerde doel. Dat beginsel mag niet aldus worden opgevat dat het per slot van rekening ingaat tegen de bescherming van het milieu, bijvoorbeeld doordat het eraan in de weg staat dat milieuschade wordt hersteld wanneer de vervuiler niet kan worden aangesproken.

113. Om die redenen wordt ook in de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn aanvaard dat herstelkosten door anderen dan de verantwoordelijke exploitant worden gedragen. Deze richtlijn accepteert immers dat de staat op eigen kosten maatregelen treft wanneer de vervuiler niet kan worden geïdentificeerd of niet in staat is om de nodige maatregelen te treffen. [42]

114. Wanneer de vervuiler niet kan worden geïdentificeerd, zou een billijke toewijzing van de kosten overigens rechtvaardigen dat de eigenaar van de gesaneerde terreinen wordt verplicht de kosten van de sanering te dragen ten belope van de hogere waarde die zijn terreinen door die sanering hebben gekregen. Anders zou deze eigenaar zonder goede gronden op kosten van anderen worden verrijkt.

115. Gelet op de in het verzoek om een prejudiciële beslissing verstrekte gegevens kan in de onderhavige procedure in het midden worden gelaten of er sprake is van uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht laakbare aanvullende regelingen van aansprakelijkheid zonder bijdrage tot het veroorzaken van de schade. Een grens zou daarbij kunnen worden gevonden in het evenredigheidsbeginsel, dat in de weg staat aan kennelijk inadequate

41 — Cf. mijn conclusies Commune de Mesquer (aangehaald in voetnoot 27, punten 141 e.v.) en Futura Immobiliare e.a. (aangehaald in voetnoot 30, punt 32).

42 — Zie hierboven punt 100.

resultaten. [43] Het is echter niet zeker of dit beginsel van het gemeenschaprecht kan worden toegepast op verdergaande maatregelen in de zin van artikel 176 EG. [44] Voor zover geen afbreuk wordt gedaan aan de primaire aansprakelijkheid van de verantwoordelijke exploitant, zijn er in casu in elk geval geen kennelijk inadequate aansprakelijkheidsregelingen te ontwaren.

iii) Het antwoord op de tweede vraag in zaak C-378/08

116. Om terug te komen op de in de inleiding geciteerde uitspraak van Archimedes: de aansprakelijkheid voor milieuschade vergt niet noodzakelijkerwijze een steunpunt in de vorm van een causaal verband zoals dat in de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is geregeld. De lidstaten beschikken veeleer over een grote speelruimte bij de vaststelling van aanvullende aansprakelijkheidsregels.

117. Bijgevolg dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn slechts dan in de weg staat aan aansprakelijkheid voor milieuschade zonder bijdrage tot het veroorzaken van de schade, wanneer een dergelijke aansprakelijkheid de primaire aansprakelijkheid van de verantwoordelijke exploitant zou ondermijnen.

e) Het afzien van een onderzoek naar de oorzaken

118. De eerste vraag in zaak C-378/08 is erop gericht te vernemen of aan ondernemingen die thans werkzaam zijn in een gebied dat reeds lang is vervuild of in een daaraan grenzend gebied, herstelmaatregelen mogen worden opgelegd zonder dat vooraf is onderzocht wie voor de vervuiling verantwoordelijk is.

119. Volgens artikel 11, lid 2, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn dient de bevoegde instantie vast te stellen welke exploitant de schade of de onmiddellijke dreiging van schade heeft veroorzaakt. Deze verplichting is van essentieel belang voor de toepassing van het beginsel dat de vervuiler betaalt, zoals dat in de richtlijn is geconcretiseerd.

43 — Cf. arrest van 16 juli 2009, Futura Immobiliare e.a. (C-254/08, punt 56) en mijn conclusie in de zaak (aangehaald in voetnoot 30, punt 32).

44 — Zie arrest Deponiezweckverband Eiterköpfe (aangehaald in voetnoot 15, punt 63).

Wanneer potentiële veroorzakers van schade niet behoeven te vrezen dat zij worden ontdekt, worden zij er niet toe aangezet schade te voorkomen. Wanneer degene die de schade heeft veroorzaakt, onbekend blijft, is ook een billijke toewijzing van de kosten onmogelijk.

120. Bovendien zou de in artikel 12 van milieuaansprakelijkheidsrichtlijn geregelde procedure van bezwaar wegens mogelijke milieuschade („verzoeken om maatregelen") grotendeels nutteloos zijn wanneer de bevoegde instanties niet verplicht zijn een onderzoek in te stellen naar de milieuschade. Bijgevolg zal de verwijzende rechter de stelling van ERG, ENI e.a. en Polimeri e.a. dat in een andere procedure is vastgesteld dat een andere onderneming de milieuschade heeft veroorzaakt, nader moeten onderzoeken.

121. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt echter dat het zeer moeilijk kan zijn, vast te stellen wie de schade heeft veroorzaakt. Daarom wordt in de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn uitdrukkelijk erkend dat het mogelijk is dat de verantwoordelijke exploitant niet kan worden geïdentificeerd. Volgens artikel 4, lid 5, is de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn niet van toepassing op diffuse verontreiniging wanneer geen causaal verband tussen de schade en de activiteiten van individuele exploitanten kan worden vastgesteld. Met betrekking tot andere verontreinigingen staan de artikelen 5, lid 4, 6, lid 3, en 8, lid 2, tweede alinea, toe dat de bevoegde instantie als laatste redmiddel zelf, dat wil zeggen op eigen kosten, herstelmaatregelen en preventieve maatregelen treft, indien de exploitant niet kan worden geïdentificeerd.

122. Daaruit dient te worden geconcludeerd dat de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn toestaat dat een onderzoek naar de oorzaak van de schade achterwege wordt gelaten wanneer nader onderzoek waarschijnlijk geen resultaat zal opleveren.

123. Het is ook denkbaar, spoedeisende maatregelen te treffen vóór het onderzoek is beëindigd of zelfs vóór het überhaupt is begonnen. Wat dient te gebeuren, moeten de bevoegde instanties na een grondige beoordeling van de omstandigheden van het concrete geval beslissen.

124. Aangezien dergelijke beslissingen een ingewikkelde prognose impliceren, beschikken de bevoegde instanties daartoe over een ruime beoordelingsvrijheid. Zij moeten zich

daarbij echter — zoals in artikel 174, lid 3, EG algemeen bij de toepassing van het Europese milieurecht wordt geëist — op de beste beschikbare wetenschappelijke en technische gegevens baseren. [45]

125. Bijgevolg dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn toestaat

— dat een onderzoek naar de oorzaak van de schade achterwege wordt gelaten wanneer nader onderzoek waarschijnlijk geen resultaat zal opleveren,

— dat vóór het einde van het onderzoek spoedeisende maatregelen worden getroffen.

de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn in de weg staat aan nationale regelingen die voorzien in schuldloze aansprakelijkheid voor milieuschade.

127. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn zelf kent twee soorten van aansprakelijkheid voor milieuschade: artikel 3, lid 1, sub a, voorziet in een objectieve, schuldloze aansprakelijkheid met betrekking tot bepaalde activiteiten waaraan bijzondere risico's zijn verbonden. Daarnaast voorziet artikel 3, lid 1, sub b, met betrekking tot alle beroepsactiviteiten in schuldaansprakelijkheid voor bepaalde schade aan beschermde soorten en natuurlijke habitats.

f) Schuldloze aansprakelijkheid

126. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of

128. Schuldloze aansprakelijkheid van de vervuiler met betrekking tot andere dan de in artikel 3, lid 1, sub a, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn genoemde activiteiten zou in overeenstemming zijn met de op milieubescherming gerichte opzet van de richtlijn. Voor zover de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn schuld eist, beperkt zij namelijk het beginsel dat de vervuiler betaalt. De lidstaten dienen het recht te hebben, deze beperking te laten vallen in het kader van strengere maatregelen. In de praktijk brengt schuldloze

45 — Cf. arresten van 28 juni 2007, Commisie/Spanje (C-235/04, Jurispr. blz. I-5415, punt 25, over vogelbeschermingszones); 9 december 2004, Commissie/Spanje (C-79/03, Jurispr. blz. 2004, I-11619, punt 41, over jachtmaxima), en 6 november 2008, Nederland/Commissie (C-405/07 P, Jurispr. blz. I-8301, punt 61, over maatregelen van de Commissie op grond van artikel 95, leden 5 en 6, EG).

aansprakelijkheid namelijk in wezen mee dat de potentieel aansprakelijke partijen zorgvuldiger dienen om te gaan met milieu. Dit geldt niet alleen voor de aansprakelijkheidsmodellen waarin de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn voorziet, maar ook voor de eventueel door de lidstaten vastgestelde aanvullende aansprakelijkheidsregelingen.

129. Met betrekking tot de derde vraag in zaak C-378/08 dient daaruit te worden geconcludeerd dat de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn niet in de weg staat aan aansprakelijkheidsregelingen voor milieuschade waarvoor geen schuld is vereist.

2. De betekenis van het beginsel dat de vervuiler betaalt, in het kader van de kaderrichtlijn afvalstoffen

130. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn buiten beschouwing gelaten, zijn de vragen betreffende het beginsel dat de vervuiler betaalt, voor de hoofdgedingen ook van belang omdat in die gedingen de kaderrichtlijn afvalstoffen [46] van toepassing zou kunnen zijn.

131. De kaderrichtlijn afvalstoffen is weliswaar pas vanaf 1977 van toepassing [47] en dekt naar alle waarschijnlijk dus evenmin alle verontreinigingen die tot de omstreden milieuschade hebben geleid. In de dertig jaar tot aan de inwerkingtreding van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is echter waarschijnlijk een veel groter deel van de milieuschade ontstaan dan in de twee jaar sedert de inwerkingtreding van die richtlijn. In hoeverre de kaderrichtlijn afvalstoffen nog van toepassing is sedert de inwerkingtreding van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn, en welke gevolgen de herziene versie van de kaderrichtlijn heeft [48], is in casu niet gevraagd en behoeft ook niet te worden uitgemaakt.

46 — Richtlijn 2006/12/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2006 betreffende afvalstoffen (PB L 114, blz. 9). Deze richtlijn codificeert richtlijn 75/442/EEG van de Raad van 15 juli 1975 betreffende afvalstoffen (PB L 194, blz. 39) en de latere wijzigingen daarvan.

47 — In de versie van richtlijn 75/442; artikel 11 daarvan bevatte reeds een regeling volgens welke de kosten werden toegewezen met toepassing van het beginsel van het beginsel dat de vervuiler betaalt.

48 — Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen (PB L 312, blz. 3). Volgens artikel 2, lid 1, sub b, is de herziene versie van de kaderrichtlijn afvalstoffen niet van toepassing op bodem (in situ) met inbegrip van niet-uitgegraven verontreinigde grond en duurzaam met de bodem verbonden gebouwen. Volgens artikel 41 wordt de oude kaderrichtlijn afvalstoffen met ingang van 12 december 2010 ingetrokken.

132. Het Hof van Justitie heeft reeds geoordeeld dat in de bodem, in het grondwater of in zee weggelekte koolwaterstoffen, die niet meer volgens de bestemming ervan kunnen worden gebruikt, als afvalstoffen moeten worden beschouwd. [49] Ook de ten gevolge van het per ongeluk lozen van koolwaterstoffen verontreinigde bodem moet als een afvalstof worden aangemerkt. [50] Voor andere schadelijke stoffen gelden waarschijnlijk dezelfde overwegingen.

133. Volgens artikel 4 van de kaderrichtlijn afvalstoffen moet de nuttige toepassing of de verwijdering van de afvalstoffen plaatsvinden zonder gevaar voor de gezondheid van de mens en zonder dat procedés of methoden worden aangewend die nadelige gevolgen voor het milieu kunnen hebben. De verwijdering of de nuttige toepassing van de schadelijke stoffen die de omstreden milieuschade hebben veroorzaakt, en van de verontreinigde bodem zal vaak reeds een deel van het herstel van de schade vormen.

134. Volgens artikel 15 van de kaderrichtlijn afvalstoffen komen de kosten van de verwijdering van de afvalstoffen overeenkomstig het beginsel dat de vervuiler betaalt, voor rekening van de houder die afvalstoffen afgeeft aan een ophaler of aan een verwijderingsonderneming, en/of van de voorgaande houders of de producent van het product dat tot het ontstaan van de afvalstoffen heeft geleid. Voor aansprakelijkheid op grond van de kaderrichtlijn afvalstoffen is geen schuld vereist.

135. Anders dan de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn geeft deze regeling niet aan welke van deze personen de kosten van de verwijdering van de afvalstoffen draagt. Met betrekking tot koolwaterstoffen die bij de exploitatie van een tankstation waren weggelekt, heeft het Hof van Justitie echter geoordeeld dat in beginsel de exploitant van het tankstation als bezitter en producent van deze afvalstoffen aansprakelijk was. [51] In het geval van bij een tankerongeval in zee weggelekte koolwaterstoffen, is de eigenaar van het schip dat de koolwaterstoffen vervoert, feitelijk in het bezit van die koolwaterstoffen onmiddellijk voordat deze een afvalstof worden. In beginsel dient hij dus de kosten van de verwijdering te dragen. [52]

136. Het is echter mogelijk dat andere partijen aansprakelijk zijn wanneer zij wegens bijzondere omstandigheden verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van de afvalstoffen. [53]

49 — Arresten van 7 september 2004, Van de Walle e.a. (C-1/03, Jurispr. blz. I-7613, punten 47-50), en 24 juni 2008, Commune de Mesquer (C-188/07, Jurispr. blz. I-4501, punten 57-59).

50 — Arrest van de Walle (aangehaald in voetnoot 49, punt 52).

51 — Arrest Van de Walle (aangehaald in voetnoot 49, punt 59).

52 — Arrest Commune de Mesquer (aangehaald in voetnoot 49, punt 74).

53 — Zie de in voetnoot 49 aangehaalde arresten Van de Walle (punt 60) en Commune de Mesquer (punten 76 e.v.).

137. Bijgevolg pleit veel ervoor dat volgens de kaderrichtlijn afvalstoffen in de hoofdgedingen die ondernemingen de schadelijke stoffen moeten verwijderen bij wier activiteit die schadelijke stoffen uit de productie-installaties in het milieu zijn weggelekt.

138. In beginsel staat de kaderrichtlijn afvalstoffen in precies dezelfde mate als de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn in de weg aan afwijkende regelingen. Met andere woorden de primaire aansprakelijkheid van degene die in de eerste plaats verantwoordelijk is volgens het beginsel dat de vervuiler betaalt, mag weliswaar worden aangevuld, maar niet worden vervangen of verminderd. Bijgevolg mag ook niet zonder meer worden afgezien van een onderzoek naar de verantwoordelijken.

C — *De vragen in de zaken C-379/08 en C-380/08*

139. De vragen in de zaken C-379/08 en C-380/08 betreffen niet de principiële aansprakelijkheid voor milieuschade, maar de vaststelling van herstelmaatregelen volgens de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn. Aangezien althans met betrekking tot bepaalde delen van de betrokken milieuschade niet kan worden uitgesloten dat deze richtlijn van toepassing is [54], dient het Hof van Justitie ook deze vragen te beantwoorden.

1. De eerste vraag in de zaken C-379/08 en C-380/08 — wijziging van de herstelmaatregelen

140. De eerste vraag van de verwijzende rechter is erop gericht te vernemen of de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn in de weg staat aan een nationale regeling volgens welke de overheid eerdere, na een passend onderzoek op tegenspraak gekozen herstelmaatregelen die reeds goedgekeurd, uitgevoerd of in uitvoering waren, door andere herstelmaatregelen mag vervangen.

141. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn bevat geen uitdrukkelijke regeling voor de wijziging van herstelmaatregelen. In de

54 — Zie punten 54 e.v. (inzonderheid punt 57) hierboven.

artikelen 7, lid 2, en 11, lid 2, wordt alleen gezegd dat de bevoegde instantie besluit welke herstelmaatregelen moeten worden uitgevoerd. Deze formulering kan zonder meer aldus worden begrepen dat zij gewijzigde of aanvullende [55] herstelmaatregelen omvat.

142. Deze uitlegging dient alleen al daarom te worden gevolgd dat het oordeel over de doeltreffendheid van herstelmaatregelen in de loop of na de uitvoering van die maatregelen kan veranderen. Een verplichting om onverminderd vast te houden aan opgelegde herstelmaatregelen, ook wanneer de doeltreffendheid ervan meer en meer wordt betwijfeld, zou dan ook onverenigbaar met een hoog niveau van milieubescherming en overigens potentieel ook in strijd met het evenredigheidsbeginsel zijn.

143. Aangezien de richtlijn geen regeling voor de wijziging van reeds opgelegde herstelmaatregelen bevat, staat het aan de lidstaten dit punt te regelen. Deze dienen zich daarbij echter te houden aan de beginselen van gemeenschapsrecht die bij de uitvoering en de toepassing van gemeenschaprecht in acht moeten worden genomen [56], zoals bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel [57] en het evenredigheidsbeginsel [58].

144. Een gewettigd vertrouwen in de handhaving van opgelegde herstelmaatregelen kan dus slechts ontstaan wanneer de handelingen van administratieve instanties bij een voorzichtige en bezonnen marktdeelnemer een redelijk vertrouwen hebben gewekt dat zij niet meer zullen worden gewijzigd. [59] Gelet op de wetenschappelijke onzekerheid bij het herstel van milieuschade, zal er echter slechts zeer zelden sprake zijn van gewettigd vertrouwen.

145. Volgens het evenredigheidsbeginsel mogen maatregelen tot herstel van milieuschade

55 — Niet te verwarren met „complementaire herstelmaatregelen", die volgens punt 1, sub b, van bijlage II het verlies van niet te herstellen natuurlijke rijkdommen en/of ecosysteemfuncties compenseren.

56 — Arresten van 24 maart 1994, Bostock (C-2/92, Jurispr. blz. I-955, punt 16); 18 mei 2000, Rombi en Arkopharma (C-107/97, Jurispr. blz. I-3367, punt 65); 6 november 2003, Lindqvist (C-101/01, Jurispr. blz. I-12971, punt 87); 27 juni 2006, Parlement/Raad (C-540/03, Jurispr. blz. I-5769, punt 105), en 26 juni 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a. (C-305/05, Jurispr. blz. I-5305, punt 28).

57 — Arresten van 3 december 1998, Belgocodex (C-381/97, Jurispr. blz. I-8153, punt 26) ; 26 april 2005, Goed Wonen (C-376/02, Jurispr. blz. I-3445, punt 32), en 14 september 2006, Elmeka (C-181/04–C-183/04, Jurispr. blz. I-8167, punt 31).

58 — Arresten van 17 december 1970, Köster, Berodt & Co. (25/70, Jurispr. blz. 1161, punten 21 e.v.); 18 november 1987, Maizena e.a. (137/85, Jurispr. blz. 4587, punt 15); 13 november 1990, Fedesa e.a. (C-331/88, Jurispr. blz. I-4023, punt 13); 7 september 2006, Spanje/Raad (C-310/04, Jurispr. blz. I-7285, punt 97), en 17 januari 2008, Viamex Agrar Handel (C-37/06 en C-58/06, Jurispr. blz. I-69, punt 33).

59 — Arrest Elmeka (aangehaald in voetnoot 57, punt 32).

niet buiten de grenzen treden van wat geschikt en noodzakelijk is voor herstel van het milieu. Wanneer een keuze tussen meerdere geschikte maatregelen mogelijk is, moet de maatregel worden gekozen die de minste belasting met zich brengt; bovendien mogen de nadelen van die maatregelen niet onevenredig zijn aan de nagestreefde doelstellingen. [60]

146. In zijn vraag beklemtoont de verwijzende rechter met name dat de gewijzigde maatregelen reeds waren uitgevoerd. Deze omstandigheid dient bij de beslissing over de wijziging van de maatregelen zeker in aanmerking te worden genomen, doch sluit een wijziging niet noodzakelijk uit. Het evenredigheidsbeginsel kan zich ertegen verzetten dat de bevoegde instanties bepaalde herstelmaatregelen achteraf waardeloos maken door andere maatregelen te gelasten zonder te weten of deze veel beter zullen zijn. Het moet echter mogelijk zijn om, wanneer tijdens de uitvoering van herstelmaatregelen blijkt dat deze niet volstaan, gewijzigde of aanvullende maatregelen te gelasten om het succes van de sanering te garanderen.

147. Met betrekking tot de eerste vraag dient dus te worden vastgesteld dat de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn niet in de weg staat aan een wijziging van opgelegde herstelmaatregelen, voor zover de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht in acht worden genomen.

2. De tweede vraag in de zaken C-379/08 en C-380/08 — achterwege laten van een onderzoek naar de gevolgen

148. De bevoegde instanties mogen dus in beginsel de opgelegde herstelmaatregelen wijzen, doch het is nog niet duidelijk onder welke voorwaarden zij dit mogen doen. Een aantal van deze voorwaarden zijn het onderwerp van de tweede vraag, namelijk of de bevoegde instanties opgelegde herstelmaatregelen ambtshalve mogen wijzen en of zij een onderzoek naar de specifieke situatie van het gebied, naar de kosten van uitvoering in vergelijking met de redelijkerwijs voorzienbare voordelen, naar de mogelijke of waarschijnlijke nevenschade en de mogelijke of waarschijnlijke schadelijke gevolgen voor de volksgezondheid en de openbare veiligheid en naar de tijd die nodig is voor de verwezenlijking ervan, achterwege mogen laten.

60 — Zie in die zin de in voetnoot 58 aangehaalde arresten Köster, Berodt & Co., punten 28 en 32; Fedesa e.a., punt 13, en Viamex Agrar Handel, punt 35, en arresten van 11 juli 1989, Schräder HS Kraftfutter (265/87, Jurispr. blz. 2237, punt 21), en 12 juli 2001, Jippes e.a. (C-189/01, Jurispr. blz. I-5689, punt 81).

a) Het ambtshalve gelasten van herstelmaatregelen

149. Zoals ENI e.a. en ERG beklemtonen, worden volgens artikel 7, lid 1, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn herstelmaatregelen in beginsel voorgesteld door de verantwoordelijke exploitant. Als uitzondering daarop wordt uitdrukkelijk bepaald dat de bevoegde instantie zelf de nodige herstelmaatregelen treft (artikel 6, lid 2, sub e), inzonderheid wanneer de exploitant niet kan worden aangesproken (artikel 6, lid 3).

150. Dit betekent echter niet dat de bevoegde instantie in alle andere gevallen steeds moet wachten op voorstellen van de exploitant. Anders zouden de exploitanten door stilzitten het herstel van milieuschade kunnen blokkeren of op zijn minst kunnen belemmeren.

151. Bijgevolg kan de bevoegde instantie op grond van artikel 6, lid 2, sub b tot en met d, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn de exploitant *te allen tijde* herstelmaatregelen opleggen. Verder wordt in artikel 11, lid 2, beklemtoond dat de bevoegde instantie bepaalt welke herstelmaatregelen moeten worden genomen. In punt 24 van de considerans wordt uitdrukkelijk gezegd dat dit onder de discretionaire bevoegdheden van de bevoegde instantie valt.

152. Volgens artikel 11, lid 2, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn is de bevoegde instantie gemachtigd, van de exploitant te verlangen dat hij zelf een beoordeling maakt en alle nodige informatie en gegevens verstrekt. De bevoegde instantie is echter niet verplicht, een dergelijk beroep te doen op de exploitant.

153. Bijgevolg staat geen enkele bepaling van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn eraan in de weg dat de bevoegde instantie herstelmaatregelen ambtshalve wijzigt.

b) De effectbeoordeling

154. Punt 1.3.1. van bijlage II voorziet in een effectbeoordeling. Naast andere criteria

worden ook de door de verwijzende rechter in zijn vraag genoemde maatstaven vermeld.

155. Volgens artikel 7, lid 2, en de aanhef van bijlage II moet die bijlage in beginsel in acht worden genomen bij de vaststelling van herstelmaatregelen. In punt 1.3.1. wordt echter slechts gezegd dat redelijke herstelopties „[zouden] moeten" worden beoordeeld. In het voorstel van de Commissie stond nog dat deze beoordeling steeds gebeurt [61], doch de Raad heeft deze regeling grondig omgewerkt en daarbij kennelijk bewust een dwingende formulering vermeden. [62]

156. Dit kan echter niet aldus worden begrepen dat de bevoegde instanties bij de keuze van herstelmaatregelen geen beoordeling dienen te verrichten. Elke keuze impliceert een beoordeling van de verschillende opties. Dit blijkt duidelijk uit artikel 7, lid 3, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn, waarin wordt bepaald dat bij de keuze welke milieuschade eerst moet worden hersteld, bepaalde criteria moeten worden gehanteerd. De keuze uit verschillende mogelijke maatregelen om een bepaalde schade te herstellen is in wezen van dezelfde aard.

157. Met name het door ENI e.a. genoemde evenredigheidsbeginsel [63] moet bij de beoordeling in aanmerking worden genomen. De in punt 1.3.1. van bijlage II bij de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn genoemde criteria zijn volgens de gemeenschapswetgever bijzonder geschikt om tot een evenredige beslissing over herstelmaatregelen te komen. Deze bepaling verleent echter een beoordelingsmarge bij de keuze van de beoordelingscriteria. Van deze beoordelingsmarge moet in de regel aldus gebruik worden gemaakt dat de uitdrukkelijk genoemde criteria worden gehanteerd, doch dat de bevoegde instanties daar op goede gronden geheel of ten dele van kunnen afwijken.

158. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat bijzonder spoedeisende maatregelen worden getroffen zonder dat vooraf een volledige beoordeling overeenkomstig punt 1.3.1. van

61 — Zie punt 3.2.1. van bijlage II bij het voorstel van de Commissie (aangehaald in voetnoot 21).

62 — Dit lijkt voor het eerst te zijn gebeurd in de versie van punt 1.3.1. van bijlage II bij document nr. 6191/03 van de Raad van 13 februari 2003.

63 — Zie hierboven punt 145.

bijlage II bij de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn heeft plaatsgevonden. Verder kan ook niet worden uitgesloten dat — bijvoorbeeld wegens de bijzondere omstandigheden van het concrete geval of op grond van nieuwere inzichten — aanvullende beoordelingscriteria worden gehanteerd.

159. In elk geval moeten de gehanteerde beoordelingscriteria, de uitkomst van de beoordeling en de gronden voor het niet-aanwenden van bepaalde in punt 1.3.1. van bijlage II bij de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn genoemde criteria in de motivering van het besluit over de herstelmaatregelen worden vermeld. Met het oog op een doeltreffende rechtsbescherming verlangt artikel 11, lid 4, namelijk vermelding van de „precieze gronden" waarop het besluit betreffende herstelmaatregelen is gebaseerd. Deze motivering is noodzakelijk om de bevoegde nationale rechterlijke instanties in staat te stellen het besluit te toetsen. [64]

160. Aangezien volgens het verzoek om een prejudiciële beslissing de verzoeksters in de hoofdgedingen aanvoeren dat zij over de gelaakte maatregelen niet zijn gehoord, dient bovendien te worden gewezen op artikel 7, lid 4, van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn, volgens hetwelk de bevoegde instantie in elk geval de personen op wier terrein herstelmaatregelen moeten worden getroffen, uitnodigt om opmerkingen te maken en rekening houdt met die opmerkingen.

161. Zelfs wanneer de herstelplichtigen in uitzonderlijke gevallen niet de eigenaars van het terrein in deze zin zijn, moeten zij niettemin worden gehoord. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn gaat namelijk ervan uit dat zij in de regel nog sterker meewerken aan de vaststelling van de herstelmaatregelen. Volgens artikel 7, lid 1, dienen zij de herstelmaatregelen te ontwerpen en voor te stellen. Wanneer de bevoegde instantie daarvan afwijkt en zelf maatregelen ontwerpt, moet zij de herstelplichtigen vóór het besluit op zijn minst de gelegenheid geven hun standpunt dienaangaande kenbaar te maken.

162. ENI e.a. beklemtonen terecht dat deze procedurele eisen a fortiori gelden voor de wijziging van oplegde herstelmaatregelen. Wanneer de aanvankelijke herstelmaatregelen op basis van een grondige beoordeling

64 — Cf. arresten van 15 oktober 1987, Heylens e.a. (222/86, Jurispr. blz. 4097, punt 15); 15 februari 2007, BVBA Management, Training en Consultancy (C-239/05, Jurispr. blz. I-1455, punt 36), en 30 april 2009, Mellor (C-75/08, Jurispr. blz. I-3799, punt 59 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

zijn opgelegd, kunnen die maatregelen slechts worden gewijzigd op gronden die zwaarder wegen dan die op basis waarvan zij waren vastgesteld. Dit impliceert met name dat de nieuwe gronden een vergelijkbaar wetenschappelijk fundament hebben.

163. De beoordeling van een wijziging van herstelmaatregelen kan echter minder omstandig zijn omdat in het kader van de beoordeling van de aanvankelijke herstelmaatregelen reeds belangrijke gegevens zijn verzameld. Het is niet uitgesloten dat vrij beperkte nieuwe gegevens, die bijvoorbeeld bij de observatie van de herstelmaatregelen aan het licht zijn gekomen, het resultaat van die maatregelen op losse schroeven zetten en samen met de bekende gegevens een heroriëntering van de sanering vergen.

164. Ten slotte dient voor alle duidelijkheid te worden gezegd, dat beperkingen van de beoordeling van herstelmaatregelen, van de motivering van een besluit over herstelmaatregelen en van het horen van de verantwoordelijke exploitant geen „verdergaande beschermingsmaatregel" in de zin van artikel 176 EG noch een „strengere bepaling" in de zin van artikel 16 van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn kunnen zijn. Het achterwege laten van deze procedurele stappen leidt niet tot een verdergaande milieubescherming, maar brengt deze veeleer in gevaar. De beoordeling en het horen verbeteren de informatie op basis waarvan de herstelmaatregelen worden getroffen. De uiteenzetting van de gronden voor een besluit is daarentegen een vorm van zelfcontrole.[65] Wanneer geen overtuigende rechtvaardigingsgronden kunnen worden geformuleerd, dient het besluit te worden heroverwogen.

c) Antwoord op de tweede vraag in de zaken C-379/08 en C-380/08

165. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn staat dus niet in de weg aan een nationale regeling die de bevoegde instantie toestaat opgelegde herstelmaatregelen ambtshalve te wijzigen. Voor een dergelijk besluit moeten in de regel de specifieke situatie van het gebied, de kosten van uitvoering van de maatregelen in vergelijking met de redelijkerwijze voorzienbare voordelen, de mogelijke of

65 — Cf. mijn conclusies van 13 december 2007, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, Jurispr. 2008, blz. I-4951, punt 97), en 22 januari 2009, Mellor (C-75/08, punt 32).

waarschijnlijke nevenschaden, de mogelijke of waarschijnlijke schadelijke gevolgen voor de volksgezondheid en de openbare veiligheid en de tijd die nodig is voor de uitvoering van die maatregelen, worden beoordeeld. In bijzondere gevallen kan de bevoegde instantie echter in het kader van haar beoordelingsvrijheid geheel of ten dele daarvan afzien, mits de betrokkenen vooraf worden gehoord en dit besluit zorgvuldig wordt gemotiveerd.

3. De derde vraag in de zaken C-379/08 en C-380/08 — verbinding van herstelmaatregelen aan het gebruik van terreinen

166. De derde vraag in de zaken C-379/08 en C-380/08 betreft de verbinding van herstelmaatregelen aan het gebruik van terreinen. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn eraan in de weg staat, de uitvoering van gewijzigde herstelmaatregelen als voorwaarde te stellen voor een vergunning voor rechtmatig gebruik van terreinen waarop de sanering niet rechtstreeks betrekking heeft omdat deze reeds zijn gesaneerd of in elk geval niet waren vervuild.

167. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn heeft slechts rechtstreeks betrekking op het gebruik van terreinen voor zover op grond van die richtlijn preventieve maatregelen of herstelmaatregelen worden getroffen. Met name preventieve maatregelen kunnen rechtstreeks gevolgen hebben voor de op het terrein uitgeoefende activiteit, bijvoorbeeld wanneer grenswaarden in acht moeten worden genomen. Het is ook mogelijk, in het kader van herstelmaatregelen te bepalen aan welke voorwaarden moet worden voldaan voor het gebruik van te saneren terreinen. Zoals Italië heeft uiteengezet, dienen eventuele conflicten tussen gebruik en sanering te worden vermeden. Daarnaast blijkt bijvoorbeeld uit punt 2 van bijlage II bij de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn dat maatregelen moeten worden getroffen om te voorkomen dat de verontreiniging van een terrein gevaar oplevert voor het gebruik ervan.

168. Dergelijke maatregelen kunnen slechts worden opgelegd met inachtneming van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn, inzonderheid van de reeds genoemde procedurele eisen.

169. Wanneer de betrokken terreinen daarentegen — zoals in casu uit de prejudiciële vragen blijkt — geen milieuschade (meer) vertonen of veroorzaken, zijn de regels van de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn niet van toepassing. Anders dan ERG stelt, kan uit deze richtlijn met name geen verbod worden afgeleid om het gebruik van volledig

gesaneerde terreinen te beperken. Integendeel: wanneer beperkingen van het gebruik van dergelijke terreinen een doeltreffend en evenredig middel zijn om de uit de milieuaansprakelijkheidsrichtlijn voortvloeiende verplichtingen na te komen, kan het naar gemeenschapsrecht zelfs geboden zijn dergelijke beperkingen op te leggen. [66]

170. De milieuaansprakelijkheidsrichtlijn staat dus niet eraan in de weg de uitvoering van gewijzigde herstelmaatregelen als voorwaarde te stellen voor een vergunning voor rechtmatig gebruik van terreinen waarop de sanering niet rechtstreeks betrekking heeft omdat deze reeds zijn gesaneerd of althans niet waren vervuild.

D — *De vierde vraag in zaak C-378/08 — de noodzaak van een openbare aanbesteding*

1. De ontvankelijkheid

171. De Commissie betwijfelt ten zeerste of de vierde vraag in zaak C-378/08 ontvankelijk is; volgens haar heeft de nationale rechter het feitelijke en juridische kader van de vierde vraag niet afdoende uiteengezet.

172. Het is inderdaad vaste rechtspraak dat het wegens het vereiste om tot een voor de nationale rechter nuttige uitlegging van het gemeenschapsrecht te komen, noodzakelijk is dat deze rechter een omschrijving geeft van het feitelijke en juridische kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzet waarop die vragen zijn gebaseerd. [67]

173. Het verzoek om een prejudiciële beslissing voldoet niet aan deze eisen. De verwijzende rechter verklaart namelijk alleen dat Sviluppo Italia zonder openbare aanbesteding met de planning en — voor het geval van stilzitten van de ondernemingen — ook met de uitvoering van de herstelmaatregelen is

66 — Cf. bijvoorbeeld arrest van 3 mei 2005, Berlusconi e.a. (C-387/02, C-391/02 en C-403/02, Jurispr. blz. I-3565, punt 65 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 — Arrest van 26 januari 1993, Telemarsicabruzzo e.a. (C-320/90–C-322/90, Jurispr. blz. I-393, punt 6); beschikkingen van 19 maart 1993, Banchero (C-157/92, Jurispr. blz. I-1085, punt 4); 30 april 1998, Testa en Modesti (C-128/97 en C-137/97, Jurispr. blz. I-2181, punt 5); 28 juni 2000, Laguillaumie (C-116/00, Jurispr. blz. I-4979, punt 15), en 8 oktober 2002, Viacom (C-190/02, Jurispr. blz. I-8287, punt 15), en arresten van 9 september 2004, Carbonati Apuani (C-72/03, Jurispr. blz. I-8027, punt 10); 17 februari 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Jurispr. blz. I-1167, punt 22); 6 december 2005, ABNA e.a. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, Jurispr. blz. I-10423, punt 45); 14 december 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, Jurispr. blz. I-11987, punt 26), en 2 april 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, Jurispr. blz. I-2437, punt 29).

belast en een door de staat opgerichte, op de markt werkzame onderneming is.

174. Over de plaatsing van de opdracht worden geen nadere gegevens verstrekt. Het is niet duidelijk wanneer en in welke vorm de opdracht is geplaatst en evenmin welke inhoud en welke waarde hij had. De verwijzende rechter beperkt zich ertoe, de opdracht zeer algemeen te omschrijven als „werkzaamheden met aanzienlijke milieueffecten en een zeer grote economische waarde". Er wordt ook niet aangegeven in welke mate Sviluppo Italia door de staat wordt gecontroleerd. Vooral vermeldt de verwijzende rechter niet door welke bepalingen van Italiaans recht de plaatsing van de opdracht wordt beheerst.

175. Wegens deze onduidelijke uiteenzetting kan het Hof van Justitie niet nauwkeurig bepalen, welke bepalingen van gemeenschapsrecht überhaupt relevant zijn voor de juridische beoordeling van de plaatsing van de opdracht, en zeker geen uitlegging met betrekking tot de feiten van het hoofdgeding geding geven. Bijgevolg stellen de in het verzoek om een prejudiciële beslissing verstrekte gegevens het Hof van Justitie niet in staat de nationale rechter een ter zake dienende uitlegging van het gemeenschapsrecht te geven.

176. Bijgevolg dient de vierde vraag mijns inziens niet-ontvankelijk te worden verklaard.

2. Aanvullende overwegingen ter beantwoording van de vraag

177. Voor het geval dat het Hof van Justitie de vierde prejudiciële vraag ontvankelijk zou verklaren, geef ik in mijn conclusie toch enkele aanwijzingen over de gemeenschapsrechtelijke bepalingen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten, die voor de nationale rechter de gemeenschapsrechtelijke beoordeling van de feiten van het hoofdgeding kunnen vergemakkelijken.

178. De verwijzende rechter wenst te vernemen of een nationale regeling volgens welke een opdracht tot uitvoering van herstelmaatregelen zonder openbare aanbesteding kan worden geplaatst, verenigbaar is met de richtlijnen 2004/18, 93/37 en 89/665.

179. Zoals de Commissie terecht opmerkt, is richtlijn 89/665 niet relevant voor de

beantwoording van de vraag of de opdracht tot uitvoering van herstelmaatregelen in het hoofdgeding overeenkomstig het gemeenschapsrecht is geplaatst. Richtlijn 89/665 bevat immers slechts procedurele bepalingen over beroepsprocedures tegen schendingen van de aanbestedingsvoorschriften en geen materiële regels over de aanbestedingsprocedure zelf.

180. Verder wijst de Commissie met recht erop, dat richtlijn 93/37 ratione temporis niet van toepassing is. Overeenkomstig artikel 82 juncto artikel 80, eerste alinea, van richtlijn 2004/18, is richtlijn 93/37 immers ingetrokken per 31 januari 2006. Richtlijn 93/37 is vervangen door richtlijn 2004/18. [68] Ofschoon de verwijzende rechter de datum van de gunning van de opdracht aan Sviluppo Italia niet noemt, blijkt uit de overwegingen van de prejudiciële beschikking dat de gunning na 31 januari 2006 heeft plaatsgevonden. Het door Sviluppo Italia opgestelde plan, dat onder andere voorziet in de aanleg van een kunstmatig eiland, lijkt namelijk een plan van latere datum te zijn, waarover op 20 december 2007 voor het eerst een beslissing is genomen.

181. De nationale rechter dient derhalve eerst uit te maken of richtlijn 2004/18 van toepassing is. Daartoe moet er sprake zijn van een „overheidsopdracht" in de zin van artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/18, waarop die richtlijn volgens de bepalingen van hoofdstuk II van titel II ervan van toepassing is. Uit in het verzoek om een prejudiciële beslissing verstrekte gegevens kan dit niet worden opgemaakt. De algemene context van het hoofdgeding wijst er echter op dat het gaat om opdrachten voor diensten en werken, die de drempelwaarde overschrijden. Indien dit het geval is, had in beginsel de gunningprocedure van richtlijn 2004/18 moeten worden gevolgd. De verplichting om een dergelijke procedure te volgen vervalt ook niet noodzakelijk wanneer de betrokken opdracht wordt geplaatst nadat een primair tot uitvoering van de werken gehouden partij die verplichting niet is nagekomen („uitvoering in de plaats van").

182. De Italiaanse regeling betoogt echter dat de plaatsing van de opdracht als zogenoemde inhouse-opdracht niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 valt. Polimeri e.a. zijn het daar niet mee eens.

183. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn de gemeenschapsrechtelijke bepalingen betreffende het plaatsen van

68 — Cf. punt 1 van de considerans van richtlijn 2004/18/EG.

opdrachten niet van toepassing op zogenoemde inhouse-opdrachten, omdat bij dergelijke opdrachten geen overeenkomst tussen twee afzonderlijke personen wordt gesloten. Van een inhouse-opdracht is sprake wanneer de twee volgende voorwaarden zijn vervuld: ten eerste moet de aanbestedende openbare dienst op de vennootschap die de opdracht krijgt, toezicht uitoefenen zoals op zijn eigen diensten. De omstandigheid dat een particuliere onderneming deelneemt in het kapitaal van de betrokken vennootschap, sluit uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten. Ten tweede moet de betrokken vennootschap het merendeel van haar werkzaamheden verrichten ten behoeve van de aanbestedende openbare dienst die haar aandelen bezit. [69]

184. Polimeri e.a. stellen dat de overheid niet het volledige kapitaal van Sviluppo Italia in handen heeft en dat Sviluppo Italia ook niet het merendeel van haar werkzaamheden ten behoeve van de overheid verricht. Het Hof van Justitie kan dit echter niet verifiëren bij gebreke van de daartoe nodige gegevens in het verzoek om een prejudiciële beslissing. Het staat derhalve aan de nationale rechter, dit te beoordelen.

185. Is er geen sprake van een inhouse-opdracht en is richtlijn 2004/18 ook voor het overige niet van toepassing, dan kan een opdracht slechts in de in artikel 31 genoemde gevallen zonder bekendmaking van een aankondiging worden geplaatst.

186. In het onderhavige geval zou alleen het bepaalde in artikel 31, punt 1, sub c, relevant kunnen zijn. Volgens deze bepaling kan een opdracht volgens de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht worden geplaatst, voor zover dit strikt noodzakelijk is, wanneer als gevolg van gebeurtenissen die de betrokken aanbestedende openbare dienst niet kon voorzien, de termijnen niet in acht kunnen worden genomen. Het is echter onwaarschijnlijk dat de planning en de uitvoering van de herstelmaatregelen spoedeisend zijn geworden zonder dat de overheid dit kon voorzien. De milieuvervuiling was tenslotte reeds lange tijd aanwezig en er waren zelfs reeds andere herstelmaatregelen getroffen, doch ook dit kan uiteindelijk slechts door de nationale rechter worden beoordeeld.

69 — Zie met betrekking tot beide voorwaarden: arresten van 18 november 1999, Teckal (C-107/98, Jurispr. blz. I-8121, punt 50); 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau (C-26/03, Jurispr. blz. I-1, punt 49); 13 januari 2005, Commissie/Spanje (C-84/03, Jurispr. blz. I-139, punt 38); 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei (C-340/04, Jurispr. blz. I-4137, punt 33), en 9 juni 2009, Commissie/Duitsland (C-480/06, Jurispr. blz. I-4747, punt 34).

## VI — Conclusie

187. Gelet op een en ander geef ik het Hof van Justitie in overweging, de prejudiciële vragen in zaak C-378/08 te beantwoorden als volgt:

„1) Richtlijn 2004/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade is niet van toepassing op milieuschade die is veroorzaakt door activiteiten die vóór 30 april 2007 werden uitgeoefend. Zij staat dus niet in de weg aan nationale regelingen betreffende het herstellen van dergelijke schade.

2) Richtlijn 2004/35 staat slechts dan in de weg aan aansprakelijkheid voor milieuschade zonder bijdrage tot het veroorzaken van de schade, wanneer een dergelijke aansprakelijkheid de primaire aansprakelijkheid van de verantwoordelijke exploitant zou ondermijnen.

3) Richtlijn 2004/35 staat toe

— dat een onderzoek naar de oorzaak van de schade achterwege wordt gelaten wanneer nader onderzoek waarschijnlijk geen resultaat zal opleveren, en

— dat vóór het einde van het onderzoek spoedeisende maatregelen worden getroffen.

4) Richtlijn 2004/35 staat niet in de weg aan aansprakelijkheidsregelingen voor milieuschade waarvoor geen schuld is vereist.

5) De vierde vraag is niet-ontvankelijk."

188. De vragen in de zaken C-379/08 en C-380/08 dienen door het Hof van Justitie te worden beantwoord als volgt:

„1) Richtlijn 2004/35 staat niet in de weg aan een wijziging van opgelegde herstelmaatregelen, voor zover de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht in acht worden genomen.

2) Richtlijn 2004/35 staat niet in de weg aan een nationale regeling die de bevoegde instantie toestaat opgelegde herstelmaatregelen ambtshalve te wijzigen. Voor een dergelijk besluit moeten in de regel de specifieke situatie van het gebied, de kosten van uitvoering van de maatregelen in vergelijking met de redelijkerwijze voorzienbare voordelen, de mogelijke of waarschijnlijke nevenschade, de mogelijke of waarschijnlijke schadelijke gevolgen voor de volksgezondheid en de

openbare veiligheid en de tijd die nodig is voor de uitvoering van die maatregelen, worden beoordeeld. In bijzondere gevallen kan de bevoegde instantie echter in het kader van haar beoordelingsvrijheid geheel of ten dele daarvan afzien, mits de betrokkenen vooraf worden gehoord en dit besluit zorgvuldig wordt gemotiveerd.

3) Richtlijn 2004/35 staat niet eraan in de weg de uitvoering van gewijzigde herstelmaatregelen als voorwaarde te stellen voor een vergunning voor rechtmatig gebruik van terreinen waarop de sanering niet rechtstreeks betrekking heeft omdat deze reeds zijn gesaneerd of althans niet waren vervuild."