

Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken

**VERANTWOORDELIJKHEID,
AANSPRAKELIJKHEID EN
PRIVATISERING VAN PUBLIEKE
TAKEN**

**REDACTIE:
I. GIESEN
J.M. EMAUS
L.F.H. ENNEKING**

**BOOM JURIDISCHE UITGEVERS
Den Haag
2014**

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag
Opmaak binnenwerk: Ambrac, Deventer

© 2014 De auteurs | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-018-9
ISBN 978-94-6274-219-2 (E-book)
NUR 822

www.bju.nl

VOORWOORD

De trend van het uitbesteden, overhevelen of toebedelen van publieke taken door de overheid aan private partijen, en van het machtiger worden van private partijen meer in het algemeen, werkt door in de verantwoordelijkheid in rechte van die private partijen. Dat komt vervolgens tot uitdrukking via bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrecht in de brede zin van het woord (strafrechtelijk, bestuursrechtelijk, etc.). Deze trend resulteert in de steeds verder gaande ‘verpubliekisering’ van het privaatrecht – de doorwerking van publiekrechtelijke verantwoordelijkheden en normen in privaatrechtelijke normstellingen.

In deze bundel wordt dit thema belicht onder de noemer van de verschuivende grenzen van aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van bedrijven en professionals in een maatschappij die gekenmerkt wordt door steeds verder vervagende grenzen tussen het publieke en private domein. Dat gebeurt langs verschillende, meer toegespitste vraagstukken die in te onderscheiden rechtsgebieden (internationaal publiekrecht, strafrecht, bestuursrecht, privaatrecht) tot belangrijke, nieuwe vragen aanleiding hebben gegeven. Zo komen, onder meer, aan bod de klikplicht van beleggingsondernemingen (wat betekent die plicht voor de aansprakelijkheid van de onderneming jegens haar cliënten en jegens de overheid?), de aansprakelijkheid van multinationals voor gedragingen van dochterondernemingen in gastlanden (wie kan deze ondernemingen waarvoor aanspreken?) en de particuliere beveiliging van schepen tegen piraterij op zee (hoe is de verantwoordelijkheid in deze context verdeeld tussen de verschillende betrokken partijen en overheden?).

Zoals nader blijkt uit het inleidende hoofdstuk, hebben de verschillende bijdragen die in deze bundel worden gepresenteerd tot mooie discussies rond het centrale thema aanleiding gegeven, niet alleen voorafgaand aan, maar juist ook na het schrijven van de verschillende bijdragen. De discussie die de auteurs met elkaar hadden na afloop van het individuele (in sommige gevallen groeps-)onderzoek is terug te vinden in de uitleiding, in een zevental vragen die de rode draad van die slotbijeenkomst bleken. En niet alleen intern is er gediscussieerd, maar ook extern, zoals blijkt uit de door ons uitgelokte reacties op de bijdragen die deel uitmaken van deze bundel, met experts die schriftelijk hun licht hebben laten schijnen op de bijdragen van de auteurs. Wij danken deze experts – Michael Faure, Antenor Hallo de Wolf, Ton Hartlief, Jeroen Kortmann en Michiel Tjepkema – voor hun enthousiaste deelname en voor de inzichten die zij met ons hebben willen delen.

Deze bundel is de eerste in een nieuwe boekenreeks die is opgezet door het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall)*, een multidimensionale onderzoeksgroep binnen de Faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie van de Universiteit Utrecht waarvan de auteurs van de bijdragen aan deze bundel deel uitmaken. De redactie van deze

VOORWOORD

reeks is in handen van Ivo Giesen en François Kristen, de programmaleiders van *Ucall*. De focus van het onderzoek binnen *Ucall* ligt bij het nader bepalen of er grenzen aan en van aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid zijn, en zo ja, welke die grenzen zouden moeten zijn en waar mogelijkheden tot verdere ontwikkeling liggen (zie ook: www.uu.nl/ucall alsmede blog.ucall.nl). De vraag naar de verschuivende grenzen van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het kader van de vervagende grenzen tussen het publieke en private domein, het thema van deze bundel, is één van de verschillende thema's die binnen *Ucall* zijn opgepakt het afgelopen jaar.

Wij danken *Boom Juridische uitgevers*, in het bijzonder Wirt Soetenhorst en Gineke Wiggers, voor het publiceren van de *Ucall* Boekenreeks, en specifiek voor het uitgeven van de onderhavige bundel.

Utrecht, 26 september 2014

Ivo Giesen, Jessy Emaus en Liesbeth Enneking

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid bij privatisering van publieke taken: een aanzet tot debat <i>Jessy Emaus, Liesbeth Enneking & Ivo Giesen</i>	17
De sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht – Een verkennende studie naar machtige private partijen en hun verantwoordelijkheid ten aanzien van anderen <i>Jessy Emaus</i>	35
De sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht <i>Ton Hartlief</i>	73
Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren <i>Ivo Giesen</i>	81
Korte reactie op ‘Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren’ <i>Jeroen Kortmann</i>	115
Klikken, aansprakelijkheid en vrijwaring <i>François Kristen & Stascha De Vita</i>	123
Private beveiliging in de strijd tegen de piraterij: een onderzoek naar de aansprakelijkheid van private beveiligers en van de Staat <i>Lucas Roorda, Cedric Ryngaert & Bram Straten</i>	165
‘Private Security Companies’ (PSCs) aan boord! Reactie op de bijdrage van Roorda, Ryngaert en Straten <i>Antenor Hallo de Wolf</i>	189
Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor (internationaal) maatschappelijk onverantwoord ondernemen – Verschuivende grenzen tussen publiek en privaat <i>Liesbeth Enneking</i>	201

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

Van voorzorgbeleid naar voorzorgverplichting – Over doorwerking van overheidsbeleid in aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen en over veranderende verantwoordelijkheden voor de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën <i>Elbert de Jong</i>	225
Smart mixes van beleidsinstrumenten bij nieuwe technologieën: een reactie <i>Michael Faure</i>	265
Verschuiving van de draagplicht van schade veroorzaakt door een rechtmatige overheidsdaad <i>Berthy van den Broek</i>	283
Afwenteling van nadeelcompensatie en planschade: redelijk en doelmatig? <i>Michiel Tjepkema</i>	299
Publiek wordt Privaat: een tussenstand in zeven vragen <i>Ivo Giesen, Jessy Emaus & Liesbeth Enneking</i>	307

INHOUDSOPGAVE

Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid bij privatisering van publieke taken: een aanzet tot debat	17
<i>Jessy Emaus, Liesbeth Enneking & Ivo Giesen</i>	
1 Inleiding: centrale vragen, werkwijze en verdere opzet	17
1.1 Het vertrekpunt en onze vragen	17
1.2 Onze werkwijze	18
1.3 Verdere opzet	19
2 De relevantie van het onderzoek	19
2.1 Inleiding: onbeantwoorde vragen	19
2.2 De rol van het aansprakelijkheidsrecht	20
2.3 Karaktertrekken van het aansprakelijkheidsrecht	21
3 Het aansprakelijkheidsrecht in de context van publiekrechtelijke regulering	23
3.1 Inleiding	23
3.2 Regulering van de uitvoering van taken door de overheid	23
3.3 Regulering bij de verschuiving van verantwoordelijkheid: publiek of ...?	24
4 De aard en het karakter van de gesignaleerde verschuivingen	26
4.1 Introductie	26
4.2 Verantwoordelijkheid voor normontwikkeling	26
4.3 Verantwoordelijkheid in het kader van normhandhaving	27
4.4 Verantwoordelijkheid voor het treffen van maatregelen ter bescherming van fysieke veiligheid	28
4.5 Verantwoordelijkheid in het kader van het afwikkelen van geleden nadeel	28
5 De verdere opbouw van deze bundel	28
6 Uitleiding: een prelude op zeven gezamenlijke vragen	32
De sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht – Een verkennende studie naar machtige private partijen en hun verantwoordelijkheid ten aanzien van anderen	35
<i>Jessy Emaus</i>	
1 Inleiding	35
1.1 Bescherming van de zwakke partij in literatuur, wetgeving en rechtspraak	35

INHOUDSOPGAVE

1.2	Aandacht voor de sterke partij en zijn gedrag	37
1.3	Plan van aanpak	38
1.4	Opbouw bijdrage	39
2	Wie is de sterke partij? Een sociologische verklaring volgens Bierstedts concept 'macht'	40
2.1	Bierstedts 'An Analysis of Social Power'	40
2.2	Macht afgezet tegen aanverwante concepten	41
2.3	De drie bronnen van macht	43
2.4	De theorie van Bierstedt toegepast op de financiële dienstverlener/afnemer-relatie	44
3	Waarom een afwijkende standaard in het recht voor sterke partijen? Over macht, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid	46
3.1	Macht, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid	46
3.2	Juridische verantwoordelijkheidsverdeling in de financiële dienstverleningsrelatie	48
3.3	Argumenten vóór een afwijkende standaard in het recht voor de sterke partij in de financiële dienstverleningsrelatie	54
3.4	Kritiek op de afwijkende standaard in het recht voor financiële dienstverleners	57
4	Hoe krijgt de bijzondere verantwoordelijkheid vorm in het recht? Verschuivende machten, verschuivende normen?	59
4.1	De rol van de aard van de sterke partij: materieel en formeel recht	59
4.2	Normering van overheidshandelen: grondrechten en algemene beginselen van behoorlijk bestuur	60
4.3	Een synthese van drie typen normen ter regulering van de verantwoordelijkheid van de machtige particuliere partij	64
5	Tot slot	65
	De sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht	73
	<i>Ton Hartlief</i>	
	Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren	81
	<i>Ivo Giesen</i>	
1	Inleiding	81
1.1	Introductie van het thema	81
1.2	Kernvraag en opbouw	83
2	Rechtsvergelijking: 'inadequate security' in de Verenigde Staten	84
2.1	Inleiding	84

INHOUDSOPGAVE

2.2	Therapeuten: de <i>Tarasoff</i> -zaak	85
2.3	Verhuurders: de <i>Kline</i> -zaak	87
3	Aansprakelijkheid voor inadequate beveiliging naar Nederlands recht	90
3.1	Inleiding	90
3.2	Mogelijke grondslag voor aansprakelijkheid?	90
3.3	Mate van zorg? Nalaten	92
3.4	Mate van zorg? Het EVRM	95
3.5	Zorgplicht: een nadere invulling	97
4	Lessen voor Nederland?	106
4.1	Algemene lessen?	106
4.2	De les voor Alphen aan de Rijn?	108
5	Afronding	109
 Korte reactie op ‘Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren’		115
<i>Jeroen Kortmann</i>		
1	Inleiding	115
2	Vanwaar de ‘terughoudende houding’?	117
3	Privatisering kan leiden tot minder terughoudendheid: ‘verrassend’ en ‘onwenselijk’?	119
 Klikken, aansprakelijkheid en vrijwaring		123
<i>François Kristen & Stascha De Vita</i>		
1	Inleiding	123
2	Klikplicht: omvang en wijze van uitvoering	124
2.1	Herkomst van de klikplicht	125
2.2	Ratio van de klikplicht	127
2.3	Reikwijdte van de klikplicht	129
2.4	Wijze van uitvoering van de klikplicht	135
2.5	Financiële sancties op niet-naleving van de klikplicht	137
2.6	Afsluitende opmerkingen en relatie met vrijwaring	138
3	Strafrechtelijke vrijwaring	142
3.1	Wettelijke regeling van strafrechtelijke vrijwaring en herkomst daarvan	142
3.2	Ratio strafrechtelijke vrijwaring	144
3.3	Wat behelst de strafrechtelijke vrijwaring?	145
3.4	Omvang van de strafrechtelijke vrijwaring	146
3.5	Beoordeling van de strafrechtelijke vrijwaring	148

INHOUDSOPGAVE

4	Civielrechtelijke vrijwaring	149
4.1	Wettelijke regeling van civielrechtelijke vrijwaring en herkomst daarvan	149
4.2	Ratio van civielrechtelijke vrijwaring	150
4.3	Wat behelst de civielrechtelijke vrijwaring?	150
4.4	Omvang van de civielrechtelijke vrijwaring	151
4.5	Beoordeling van de civielrechtelijke vrijwaring	153
5	Bestuursrechtelijke vrijwaring?	153
6	Slotbeschouwingen	154
6.1	De klikplicht	154
6.2	De mogelijke aansprakelijkheden en de dilemma's	155
6.3	De Europese oorsprong van de dilemma's	157
6.4	De bescherming door vrijwaringsregelingen	157
6.5	Verschuiving van publiek naar privaat: reflectie	159
 Private beveiliging in de strijd tegen de piraterij: een onderzoek naar de aansprakelijkheid van private beveiligers en van de Staat		165
<i>Lucas Roorda, Cedric Ryngaert & Bram Straten</i>		
1	Introductie	165
2	Is de Staat internationaalrechtelijk verplicht PSC-activiteiten aan boord van zijn schepen te reguleren?	168
2.1	Inleiding	168
2.2	PSCs en de rechtsmacht van de Staat	169
2.3	PSCs en positieve verplichtingen van de Staat	171
3	Het toelaten van PSC-inzet: de organisatie van een regelgevend kader	176
3.1	Introductie	176
3.2	Het VK	176
3.3	België	178
3.4	Tussenconclusie	179
4	Aansprakelijkheid en rechtsmacht	180
4.1	Inleiding	180
4.2	Onrechtmatig handelen op volle zee	180
4.3	Toepasselijk recht en bevoegde rechter	182
5	Afsluitende opmerkingen	184

‘Private Security Companies’ (PSCs) aan boord! Reactie op de bijdrage van Roorda, Ryngaert en Straten	189
<i>Antenor Hallo de Wolf</i>	
1 Inleiding	189
2 De (extraterritoriale) aansprakelijkheid voor het gebruik van PSCs	191
3 Regulering en mogelijke alternatieven?	194
4 Slotopmerkingen	198
 Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor (internationaal) maatschappelijk onverantwoord ondernemen – Verschuivende grenzen tussen publiek en privaat	201
<i>Liesbeth Enneking</i>	
1 Inleiding	201
2 Corporate social responsibility: van eigenbelang naar maatschappelijk belang	203
3 Foreign direct liability cases: van verantwoordelijkheid naar aansprakelijkheid	206
4 Public interest litigation: van demonstreren naar procederen	211
5 Het civiele aansprakelijkheidsrecht: van compensatie naar gedragsregulering	215
6 Verschuivende grenzen tussen publiek en privaat in de context van foreign direct liability cases	218
 Van voorzorgbeleid naar voorzorgverplichting – Over doorwerking van overheidsbeleid in aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen en over veranderende verantwoordelijkheden voor de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën	225
<i>Elbert de Jong</i>	
1 Fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën	225
1.1 Een nieuwe rol voor het bedrijfsleven	225
1.2 Relevantie van aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen	226
1.3 Probleemstelling & route	227
2 Nanotechnologie	227
2.1 De beroemde woorden van Richard Feynman	227
2.2 Economische race naar voren	228
2.3 Wat is het (mogelijke) probleem?	228
3 Publiekrechtelijke perikelen	229
3.1 Een gebrek aan ‘nano-specifieke’ regels	229

INHOUDSOPGAVE

3.2	Wat bemoeilijkt het opstellen van ‘nano-specifieke’ publiekrechtelijke normen?	230
3.3	Verklaring I: natuurwetenschappelijke onzekerheid	230
3.4	Verklaring II: gebrek aan informatie & specialisme	231
3.5	Verklaring III: snelheid van ontwikkelingen op de markt	232
3.6	Verklaring IV: internationale aard van technologische ontwikkelingen	232
4	De basis van de reguleringsactiviteiten: het voorzorgbeleid	233
4.1	Noodzaak tot actie	233
4.2	Het voorzorgbeginsel	233
4.3	De inhoud van verantwoordelijkheden	234
4.4	Verdeling van verantwoordelijkheden	234
5	Reguleringsinstrumenten	235
5.1	Twee kenmerken: zachte reguleringsinstrumenten en verdeling verantwoordelijkheden	235
5.2	Vier reguleringsinstrumenten	236
5.3	Instrument I: signaleren van mogelijke risico's	237
5.4	Instrument II: verspreiden van informatie over mogelijke risico's	238
5.5	Instrument III: gedragsnormerende aanbevelingen	239
5.6	Instrument IV: voorzorgsmaatregelen faciliteren met materialen	240
6	Enkele argumenten voor en tegen	240
6.1	Vermeende voordelen en nadelen voor risicoregulering	240
6.2	Voor I: maatschappelijk verantwoord innoveren	241
6.3	Voor II: waarborgen fysieke veiligheid	241
6.4	Voor III: financiële overwegingen	243
6.5	Tegen I: hoeveelheid	243
6.6	Tegen II: een te laag zorgniveau?	244
6.7	Tegen III: naleving	244
7	Aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen	244
7.1	Voorzorgverplichtingen voor onzekere risico's	244
7.2	Ongeschreven voorzorgverplichtingen	245
7.3	Wetenschappelijk kennisniveau en plausibele vermoedens	245
7.4	Vereiste kennisniveau	246
7.5	Kelderluik-achtige factoren	246
8	Doorwerking van het voorzorgbeleid in de ongeschreven voorzorgverplichtingen	247
8.1	Gang van het betoog	247
8.2	Doorwerking instrument I (signalering van risico's)	247
8.3	Doorwerking instrument II (verspreiden informatie)	249

INHOUDSOPGAVE

8.4	Doorwerking instrument III (gedragsnormerende aanbevelingen)	249
8.5	Doorwerking instrument IV (voorzorgsmaatregelen faciliteren met materialen)	255
9	Discussie: voor- en nadelen van doorwerking	255
9.1	De doorwerking in een notendop	255
9.2	Voordelen	255
9.3	Nadelen	256
10	Conclusie	257
10.1	Voor- en nadelen in samenhang bekeken	257
10.2	Ter afsluiting	257

Smart mixes van beleidsinstrumenten bij nieuwe technologieën: een reactie 265

Michael Faure

1	Inleiding	265
2	Privaatrecht of overheid: het klassieke dilemma	266
3	Beperkingen van overheidsregulering	267
4	Enkele consequenties	269
4.1	Zelfregulering?	269
4.2	Better regulation?	270
4.3	Beleidsinstrumenten versus regulering?	270
4.4	Complementaire rol aansprakelijkheidsrecht	271
5	Hoe werkt doorwerking?	272
6	Ontwikkelingsrisico?	273
7	Kosten/baten-analyse in voorzorg	274
8	Harmonisatie of concurrentie van normen?	275
9	Financiën	276
10	Slot	277

Verschuiving van de draagplicht van schade veroorzaakt door een rechtmatige overheidsdaad 283

Berthy van den Broek

1	Inleiding	283
2	Het égalitébeginsel: schade die wordt veroorzaakt door een overheidsmaatregel die noodzakelijk is in het algemeen belang van de samenleving	285
3	Schade die wordt veroorzaakt in het kader van een project waarbij een private partij een bijzonder belang heeft	287

INHOUDSOPGAVE

4	Profijtbeginsel als basis voor kostenverhaal op grond van art. 6.4a Wro	289
5	Vervuiler betaalt beginsel als basis voor de heffing op grond van art. 8a.38 Wlv	291
6	Analyse	293
Afwenteling van nadeelcompensatie en planschade: redelijk en doelmatig?		299
<i>Michiel Tjepkema</i>		
Publiek wordt Privaat: een tussenstand in zeven vragen		307
<i>Ivo Giesen, Jessy Emaus & Liesbeth Enneking</i>		
1	Inleiding	307
2	Zeven krijtlijnen	308
2.1	Introductie: zeven vragen	308
2.2	Wat gebeurt er?	309
2.3	Wie heeft dat proces aangejaagd?	311
2.4	Waarom?	313
2.5	Naar wie?	314
2.6	Wat is de resterende rol van de overheid?	315
2.7	Het technisch-juridische verhaal?	316
2.8	Wat betekent dit voor de betrokken juridische disciplines?	318
3	Afronding: een tussenstand in het debat	318

VERANTWOORDELIJKHEID EN AANSPRAKELIJKHEID BIJ PRIVATISERING VAN PUBLIEKE TAKEN: EEN AANZET TOT DEBAT

*Jessy Emaus, Liesbeth Enneking & Ivo Giesen**

1 INLEIDING: CENTRALE VRAGEN, WERKWIJZE EN VERDERE OPZET

1.1 *Het vertrekpunt en onze vragen*

De institutionele fundamenteën van onze Westerse maatschappij zijn aan structurele veranderingen onderhevig. Ingrijpende ontwikkelingen als liberalisering, secularisering, Europeanisering, globalisering en zeker ook privatisering, stellen onze belangrijkste instituties – overheid, maatschappelijke organisaties en het bedrijfsleven – voor nieuwe uitdagingen. Zij zien de inhoud en met name ook de onderlinge afbakening van hun maatschappelijke taken en verantwoordelijkheden veranderen; tegelijkertijd komen zij onder toenemende druk te staan om adequate oplossingen te bieden voor de problemen van deze tijd. Hierbij komt de focus steeds sterker te liggen op de maatschappelijke rol van burgers, bedrijven en maatschappelijke actoren zoals beroepsbeoefenaren.

De participatiesamenleving¹ verlangt en verwacht bijvoorbeeld dat elke burger zijn steentje bijdraagt, al is het maar aan het in stand houden van de lokale speeltuin. En het maatschappelijk debat rond het thema maatschappelijk verantwoord ondernemen stelt – in steeds wisselende bewoordingen – ter discussie in hoeverre van bedrijven verwacht mag worden dat zij hun invloed aanwenden niet alleen ter bevordering van de eigen belangen, maar ook ter bevordering van meer algemene, mens- en milieu-gerelateerde belangen. Maar ook ten aanzien van een groeiende groep professionals en dienstverleners – waaronder niet meer alleen notarissen, advocaten, artsen en accountants, maar ook rechters, consultants, *credit rating agencies*, wetenschappers en journalisten – staat ter

* De auteurs zijn als universitair docent (Emaus en Enneking) dan wel als hoogleraar/programmaleider (Giesen), verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

1 Ook: doe-democratie, zie: *De doe-democratie* 2013.

discussie in hoeverre het (moeten) uitvoeren van wat in feite een (semi-)publieke taak is (of voorheen was), consequenties heeft voor de verantwoordelijkheden die zij hebben jegens een steeds bredere kring van derden: andere burgers of bedrijven die geraakt worden door een eventueel nalaten of falen. Tegelijkertijd wordt binnen het internationale speelveld steeds duidelijker dat de traditionele notie van staten als primaire rechtssubjecten in het internationale recht tekortschiet in een tijd waarin multinationals hen op economisch en politiek vlak naar de kroon steken.

Dit alles roept vragen op naar de houdbaarheid van onze ideeën over de verdeling van publieke en private taken en de bijbehorende verantwoordelijkheden in een veranderende maatschappij en een globaliserende wereld. Het roept ook vragen op naar de (grenzen van) aansprakelijkheid – civielrechtelijk, strafrechtelijk, bestuursrechtelijk en/of internationaalrechtelijk – van de betrokken maatschappelijke actoren voor schade die wordt aangericht als gevolg van het niet of niet juist uitvoeren van de voorheen publieke taken die aan hen zijn toebedeeld of ‘per ongeluk’ zijn toegevalen.

Want hoe zit het eigenlijk, om twee actuele voorbeelden te noemen, met de aansprakelijkheid van een reder die een privaat beveiligingsbedrijf inhuurt in de strijd tegen piraterij op zee, of van de eigenaar van een winkelcentrum waar een schutter de kans krijgt om dood en verderf te zaaien door het ontbreken van adequate beveiligingsmaatregelen? En hoe zit het met de aansprakelijkheid van een beleggingsonderneming die in het kader van de Wet op het financieel toezicht een opsporingstaak toebedeeld krijgt van de wetgever en daardoor in een (aansprakelijkheids)dilemma komt te verkeren? Of wat te denken van een multinational die betrokken raakt bij mensenrechtenschendingen gepleegd in het kader van de uitoefening van bedrijfsactiviteiten in een minder ontwikkeld gastland?

Het zijn dit soort vragen die centraal zullen staan in deze bundel. In de kern raken die vragen steeds het *centrale thema* van dit boek, te weten de verschuivende grenzen van aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid van bedrijven en professionals in een maatschappij die gekenmerkt wordt door steeds verder vervagende grenzen tussen het publieke en private domein.

1.2 *Onze werkwijze*

Bij de totstandkoming van deze bundel is voor een specifieke werkwijze gekozen. Nadat een aantal leden van de (toen net opgerichte) onderzoeksgroep Ucall² hun belangstelling kenbaar hadden gemaakt om vanuit die groep met het toen nog brede thema ‘Van Publiek naar Privaat’ aan de slag te gaan, is vervolgens in onderling overleg de thematiek nader ingekaderd tot hetgeen hiervoor en hierna benoemd is. De auteurs zijn daarna elk met hun eigen specifieke onderwerp binnen dat thema aan de slag gegaan. Intussen werd het

² Zie nader www.uu.nl/ucall.

plan opgezet om enkele externe referenten te vragen om te reflecteren op de diverse nog te produceren bijdragen, teneinde zo ook enige input van buiten onze eigen besloten kring te genereren. Een kritische blik van buiten kan immers wonderen doen. Gezocht is naar de experts op de diverse sub-terreinen en wij danken hen hartelijk voor hun bereidheid om daadwerkelijk en op (zeer) korte termijn mee te werken.

Toen de bijdragen ingeleverd waren, is collectief gebrainstormd over de opzet en inhoud van de toen nog te schrijven slotbijdrage (zie verderop in deze bundel). Deze bijdrage is uiteindelijk door de redacteuren op papier gezet, maar dat is gebeurd – en kon enkel gebeuren – aan de hand van de waardevolle inbreng van een ieder aan die sessie. De positieve energie die deze sessie opleverde, was voor ons het zoveelste bewijs dat het een goede greep was om met onderzoekers uit diverse geledingen van het recht (de auteurs bestrijken het privaatrecht, strafrecht, bestuursrecht en het internationaal publiekrecht) dit thema op te pakken.

1.3 *Verdere opzet*

Alvorens wij hierna (§ 5) toekomen aan de opbouw van de rest van deze bundel en daarmee tevens aan een korte introductie van de verschillende bijdragen, wordt in deze inleiding eerst het overkoepelende thema zoals dat hiervoor is geïntroduceerd, stapsgewijs nog wat verder uitgewerkt. Hiertoe zullen wij achtereenvolgens ingaan op de relevantie van het onderzoek (§ 2), op de plaatsing in een breder kader van de vraag naar (verschuivende) verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid (§ 3) en op de typen verschuivingen van verantwoordelijkheid (en daarmee aansprakelijkheid) die zich laten onderscheiden (§ 4). Een korte uitleiding (§ 6) rondt het geheel af.

2 DE RELEVANTIE VAN HET ONDERZOEK

2.1 *Inleiding: onbeantwoorde vragen*

De privatisering van allerlei overheidstaken is al decennia lang een nauwelijks te stuiten fenomeen,³ hoewel de uitwassen daarvan (denk aan ‘graaiende’ bestuurders) inmiddels ook bekend zijn. Er zijn dan ook al de nodige fundamentele beschouwingen aan dit bijna tijdloze thema gewijd, zeker ook vanuit een vooral staatsrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk

3 Zie bijv. Freeman 2003, p. 1289.

perspectief.⁴ De immense veranderingen die dit privatiseringsproces met zich brengt, althans zou kunnen brengen, niet alleen waar het gaat om de consistentie van recht en de samenloop van juridische domeinen,⁵ maar ook waar het gaat om de verantwoordelijkheid van de betrokken maatschappelijke actoren en om hun daarmee samenhangende mogelijke (civielrechtelijke) aansprakelijkheid, zijn onzes inziens echter nog niet voldoende in kaart gebracht.⁶

De relevantie van deze bundel en de daarin opgeworpen vragen, gaat echter verder dan deze (wat ons betreft) noodzakelijke bestandsopname en inventarisatie van wat we nu al weten. Want met die inventarisatie komen immers onvermijdelijk nieuwe maatschappelijke en juridische vragen op, vragen die op hun beurt ook weer nieuw licht, of wellicht een nieuwe schaduw, kunnen werpen op enkele aloude, bredere juridische thema's, zoals de rol en de specifieke karakters trekken van het aansprakelijkheidsrecht. Wij lichten beide nog kort toe.

2.2 *De rol van het aansprakelijkheidsrecht*

In deze bundel wordt gekeken naar de weerslag die veranderende maatschappelijke ideeën over de verantwoordelijkheid voor de behartiging van algemene (maatschappelijke, publieke) belangen (kunnen) hebben op de (juridische) aansprakelijkheid van de betrokken actoren. Het verschuiven van taken en verantwoordelijkheden van publieke naar private actoren doet immers de vraag rijzen of deze verschuiving verandering brengt in de kring van personen die juridisch verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor een (juiste) behartiging van de betrokken belangen, in de vorm van civielrechtelijke, strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en/of internationaalrechtelijke aansprakelijkheidsstelling voor een ongewenst resultaat. Dit leidt tot de vervolgvraag wat een wenselijke verdeling is van het aansprakelijkheidsrisico over de betrokken publieke en private actoren, en in hoeverre een mogelijke aansprakelijkheid van private actoren belast met het verrichten van maatschappelijke taken op gelijke wijze is, moet, of kan worden ingekleed als de aansprakelijkheid van de ook of voorheen voor die taken verantwoordelijke publieke actoren.⁷

Deze vragen zijn uiteraard met name relevant als de private actoren in de uitoefening van hun maatschappelijke taken schade (dreigen te) veroorzaken aan de rechte(n)s te beschermen belangen van derden. Het aansprakelijkheidsrecht geeft in een dergelijke

4 Zie bijvoorbeeld, zonder enige pretentie compleet te kunnen zijn, naast de overige hier en in de slotbijdrage genoemde literatuur: Jansen et al. 2011; Besselink & Nehmelman 2010; Zijlstra et al. 2008; Heldeweg 2008; De Haan 1999; Kemperink 1995; De Goede & Troostwijk 1956.

5 Zie nader Scheltema 2013, p. 186; Du Perron 2013, p. 15.

6 Een fraaie uitzondering daarop is uiteraard Engelhard 2010.

7 Waarover bijv. Freeman 2003, p. 1321.

situatie antwoord op de vraag wie de betreffende schade dient dragen;⁸ is dat de benadeelde zelf, op grond van het adagium ‘eenieder draagt zijn eigen schade’, of zijn dat de met de uitvoering van de maatschappelijke taken belaste publieke en/of private actoren? Daarmee heeft het aansprakelijkheidsrecht primair tot doel om in elk individueel geval te komen tot een rechtvaardige schadetoedeling (compensatie). Tegelijkertijd kan het daarbij echter de handhavende rol vervullen die het heden ten dage door velen verondersteld wordt te hebben.⁹ Die functies gaan in potentie verloren, of worden anderzijds wellicht veel te zwaar aangezet, als de aansprakelijkheid van (nu) de private partijen geheel anders wordt ingestoken dan die van (voorheen) de overheid.

De rol van het aansprakelijkheidsrecht bestaat er echter niet alleen uit vast te stellen onder welke omstandigheden schade moet worden vergoed, het kan ook worden ingezet, zo bepleit onder andere *Keirse*,¹⁰ om schade te voorkomen. Het accent in het onderzoek op het gebied van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht ligt dan niet bij het (voor de hand liggende) traditionele *ex post* perspectief. Het is niet langer alleen de vraag hoe het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht uitwerkt, zou moeten/kunnen uitwerken, als er zich eenmaal een schadeveroorzakende activiteit heeft voorgedaan. Steeds meer wordt ook onderzoek verricht naar de vraag wanneer en op welke wijze welke partijen, met behulp van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht, kunnen worden ontmoedigd om schadeveroorzakend te handelen.

In deze benadering verwordt aansprakelijkheid dus tot een instrument voor de regulering van het gedrag van private actoren dat ingezet kan worden op initiatief van andere private actoren die door dat gedrag nadeel (dreigen te) lijden. Hierbij spelen onder meer de deskundigheid van de betrokkenen en dus ook de mogelijkheden om vroegtijdig onderzoek te kunnen verrichten een belangrijke rol. Dit maakt het een wezenlijk vraagpunt bij wie de verantwoordelijkheid op die vlakken komt te liggen: is dat de individuele burger, het maatschappelijk middenveld, het bedrijfsleven of toch de overheid?¹¹

2.3 *Karakertrekken van het aansprakelijkheidsrecht*

Ofschoon het veelal wel duidelijk is volgens welke algemene criteria dient te worden beoordeeld of, en zo ja, in hoeverre, private dan wel publieke actoren aansprakelijk gehouden kunnen worden voor door hun handelen of nalaten veroorzaakte schade, zijn de regelingen op grond waarvan aansprakelijkheid wordt vastgesteld doorgaans in meerdere of mindere mate ‘open’ regelingen. Met name waar het gaat om civielrechtelijke aanspra-

8 Vgl. Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 18.

9 Zie, in algemene zin: Engelhard et al. 2009.

10 Zie bijv. *Keirse* 2009.

11 Zie met name de bijdrage van De Jong in deze bundel.

kelijkheid is dat karakterologisch zo bepaald, in die zin dat het nu eenmaal in het DNA zit van art. 6:162 BW. Dit artikel houdt immers criteria in die weliswaar behulpzaam kunnen zijn bij de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag, maar die tevens in elk specifiek geval noodzakelijkerwijs nadere interpretatie vereisen, waarbij dan bijvoorbeeld de open norm van de maatschappelijke zorgvuldigheidruimte laat voor nadere afwegingen. Datzelfde geldt overigens evenzeer voor de eventueel betrokken EVRM-bepalingen, want ook die zijn open van aard.

De invulling van open normen, zoals die maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, geeft de rechtstoepasser de mogelijkheid om aan de hand van een abstracte wettelijke norm tot uitdrukking te brengen wat wij in concrete situaties, naar in de maatschappij levende maatstaven van zorgvuldigheid, rechtens al dan niet van elkaar mogen verwachten waar het gaat om het uitoefenen van activiteiten die nadeel voor anderen met zich (kunnen) brengen. Ook waar het gaat om aansprakelijkheid in het internationaal publiekrecht, het bestuursrecht en het strafrecht bevatten normstellingen dienaangaande doorgaans een zekere openheid die het mogelijk maakt voor de rechtstoepasser om tot een maatschappelijk aanvaardbare uitkomst te komen. Daarbij geldt wel dat hoewel open normen ervoor zorgen dat flexibel ingespeeld kan worden op veranderende maatschappelijke ideeën omtrent zorg en zorgvuldigheid, zij ook een inherente spanning opleveren met het rechtszekerheidsbeginsel. Dit zorgt ervoor dat met name op het gebied van de strafrechtelijke aansprakelijkheid – waar het legaliteitsbeginsel centraal staat – de speelruimte voor de rechtstoepasser beperkt(er) blijft.

Binnen elk van de genoemde rechtsgebieden geldt dat de mate van zorgvuldigheid die maatschappelijke actoren verwacht worden te betrachten ten aanzien van de belangen van anderen, mede afhankelijk is van de hoedanigheid en daarmee samenhangende capaciteiten van de actor die de potentieel schadelijke activiteiten uitoefent of geacht wordt uit te oefenen. Bij schadeveroorzakend handelen of nalaten door publieke actoren kan worden geconstateerd dat hen een zekere beleidsruimte wordt gelaten. Tegelijkertijd echter zijn zij, anders dan private actoren, in de uitoefening van hun publieke taken, ook als ze zich daarbij bewegen in het private domein, gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder bijvoorbeeld de verplichting tot zorgvuldige besluitvorming die door een deugdelijke motivering wordt gedragen. Een vraag die opkomt, is hoe het zit met deze beleidsruimte en deze bijzondere verplichtingen wanneer het gaat om het beoordelen van het gedrag van een private actor in de uitoefening van een publieke of maatschappelijke taak.¹²

Dit is slechts één van de vele vragen die van wezenlijk belang zijn bij het in kaart brengen van de verwachtingen die wij gerechtvaardigd (mogen) koesteren ten aanzien van

12 Zie nader de bijdrage van Giesen in deze bundel, alsmede de reactie van Kortmann daarop, alsmede § 2.7 in de slotbijdrage in deze bundel. Beide auteurs komen tot fundamenteel andere antwoorden.

de manier waarop private actoren uitvoering geven aan voorheen publieke taken die aan hen zijn toebedeeld of ‘per ongeluk’ zijn toegevallen. Bij de beantwoording van deze vragen kan bovendien niet voorbijgegaan worden aan de mogelijk gedragssturende rol van het aansprakelijkheidsrecht, waarbij echter de moeilijkheid zich voordoet dat die rol pas goed in kaart gebracht kan worden als er eerst meer duidelijkheid is verkregen ten aanzien van de toepassing en invulling in concrete gevallen van de criteria voor aansprakelijkheidstelling binnen de verschillende betrokken rechtsgebieden. Met de bijdragen in deze bundel beogen wij dan ook in de eerste plaats om vragen en moeilijkheden bloot te leggen die rijzen als ten aanzien van verschillende, specifieke situaties wordt gevraagd op welke wijze de verdeling van verantwoordelijkheid (en aansprakelijkheid) vorm krijgt, zal krijgen of zou moeten krijgen waar het gaat om de uitvoering van publieke taken door private actoren.

3 HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT IN DE CONTEXT VAN PUBLIEKRECHTELIJKE REGULERING

3.1 *Inleiding*

Het ligt voor de hand dat elk gebruik van het aansprakelijkheidsrecht jegens private partijen die een voorheen publieke taak hebben overgenomen, mede beoordeeld zal worden in het licht van de (oude) context van de materie waarvoor de verantwoordelijkheid nu op de betreffende private partijen is komen te rusten. De (voorheen) publiekrechtelijke achtergrond en regulering daarvan werkt dus door, althans tot op zekere hoogte, in elke vorm van aansprakelijkheid voor het niet of niet juist handelen ten aanzien van die materie, zo veronderstellen wij. Wij lichten dat punt hierna nader toe.

3.2 *Regulering van de uitvoering van taken door de overheid*

De overheid voert taken uit voor zover die haar zijn opgedragen. Aan dit belangrijke uitgangspunt ligt het staatsrechtelijk legaliteitsbeginsel ten grondslag dat zegt dat de overheid slechts bevoegd is die taken te verrichten die haar bij wet zijn toegekend. Verondersteld dat de bevoegdheid de overheid op juiste wijze (door attributie of delegatie) is toegekend, dient de bevoegdheid ook juist, dat wil zeggen in overeenstemming met de wet, te worden toegepast. *Burkens c.s.* illustreren deze inkadering van de bevoegdheidsuitoefening van de overheid met het voorbeeld van de verlening van een bouwvergunning door het college van burgemeester en wethouders, die bij de verlening de weigeringsgronden zoals die in art. 44 Woningwet zijn neergelegd in acht dienen te nemen.¹³

¹³ Burkens et al. 2006, p. 91. Vgl. ook Schutgens 2012, p. 207.

De overheid is bij de uitoefening van haar bevoegdheden bovendien ook altijd gebonden aan de grondrechten en de al eerder genoemde algemene beginselen van behoorlijk bestuur, normen met een breed bereik die het gedrag van de overheid in die zin beogen te sturen dat zij de overheid tot een rechtvaardig handelende, dat wil zeggen behoorlijk handelende actor maken.

Deze normen vormen dus, samen met de bijzondere regels die gelden voor de uitoefening van specifieke overheidsbevoegdheden, het juridische kader waarbinnen de overheid wordt geacht haar maatschappelijke taken uit te voeren. Het aansprakelijkheidsrecht komt in beeld als de door de overheid in het kader van haar publieke taak uitgevoerde activiteiten schade hebben aangericht of dreigen aan te richten aan de rechtens te beschermen belangen van derden, waarmee de vraag rijst of die derden de overheid in rechte aansprakelijk kunnen stellen voor de betreffende schade. De aansprakelijkheidsvraag wordt in zo'n geval gekleurd door de bijzondere aard van de partij die de overheid is, namelijk de partij die wordt geacht het algemeen belang te behartigen en daarbij – zo bleek juist al – aan bijzondere, op de aard van de partij toegeschreven, normen is gebonden.¹⁴

3.3 *Regulering bij de verschuiving van verantwoordelijkheid: publiek of ...?*

Wat er echter resteert van de bijzondere normen die gelden voor overheidsaansprakelijkheid als een voorheen publieke taak naar een private uitvoerder wordt verplaatst – denk aan een geprivatiseerde woningcorporatie of zorginstelling, of een private beveiligingsdienst die de honneurs waarneemt voor de politie – is niet helder. Zodra maatschappelijke taken door private partijen worden opgepakt of private partijen anderszins een bijzondere verantwoordelijkheid op zich nemen of krijgen toevertrouwd, en het bij de uitvoering van de taken toepasselijke normenkader in kaart wordt gebracht, zal – gelijk aan de hiervoor beschreven situatie – een eerste aanknopingspunt liggen bij de regeling op grond waarvan de taak wordt opgepakt of is toebedeeld. Is er bijvoorbeeld een vergunning verleend en worden de vergunningsvoorwaarden in acht genomen? Iets dergelijks is denkbaar voor de private actoren die de beveiliging op schepen ter hand willen nemen. Maar er kan ook een aanknopingspunt liggen in een bijzondere wet of regeling die de uitvoering van de taken aan banden legt. Ter illustratie kan de Luchtverkeerswet worden genoemd.

Maar zelfs als die aanknopingspunten aanwezig zijn, zijn we er nog niet. In de vorige paragraaf constateerden wij immers dat voor de overheid de specifiek voor bepaalde situaties geschreven wetten en regels slechts een deel van het regulerend kader vormen. In het verlengde van die constatering rijst de vraag of ook de meer algemene normen die overheidshandelen aan banden leggen, de eerdergenoemde algemene beginselen van behoorlijk

¹⁴ Het achterliggende publieke belang wordt niet altijd afdoende gewogen bij privatiseringen, zo stelt ook het Kabinet vast, zie *Kamerstukken I*, 2012–2013, C, I, p. 2.

bestuur en de grondrechten, hier (waar private partijen een bijzondere verantwoordelijkheid dragen) van toepassing kunnen of zouden moeten zijn.¹⁵ Ook dan komt het aansprakelijkheidsrecht in beeld als de, in dit geval, private actoren bij de uitvoering van de maatschappelijke taken schade veroorzaken.

Daarbij rijst de vraag welke normen de aansprakelijkheidsvraag in dit geval kleuren en waar aldus rehtens de grenzen van verantwoordelijkheid liggen. Zijn hier de publiekrechtelijke normen van toepassing waaraan de overheid is gebonden als zij dit soort taken uitvoert? Of zijn de privaatrechtelijke normen waaraan de private actor ook in andere hoedanigheid is gebonden, van toepassing? Of is er soms sprake van bijzondere normen die de uitvoering van maatschappelijke taken door private actoren reguleren? Het is in essentie het antwoord op deze vraag waarnaar wij voor de uitvoering door bedrijven en professionals van verschillende voorheen publieke taken op zoek zijn gegaan, hoewel die vraag niet steeds expliciet gesteld is in de diverse bijdragen.¹⁶ Ofwel: lenen de publiekrechtelijke normen zich ervoor om te worden toegepast in een context waarin geen publieke actor actief is? En concreter: kan uit de verschillende (positieve) minimumverplichtingen voor de overheid zoals die volgen uit het EVRM, een normenkader wordt afgeleid voor het maatschappelijke handelen door private actoren?¹⁷

Daar komt dan nog bij dat de aard van de private partij het (traditionele) uitgangspunt van de handelingsvrijheid met zich brengt, in die zin dat het private partijen in beginsel rehtens geoorloofd is hun eigen belang na te streven. Daaraan doet niet af dat ook in de puur privaatrechtelijke context steeds meer verlangd wordt dat men mede rekening houdt met de belangen van anderen. Ook het recht dat de activiteiten van deze private partijen reguleert, moet in dit licht worden beschouwd; deze wetten en regels zijn er immers enkel op gericht om grenzen aan te geven ten aanzien van de uitvoering van die activiteiten naar eigen goeddunken door de betrokken private actoren, namelijk voor die situaties waar hun handelen kan raken aan de belangen van andere partijen; dat uitgangspunt (grenzen afbakenen) geldt naar de aard ervan eens te meer als zelfregulering wordt ingezet.

Een belangrijke vraag is in hoeverre het fundament van de handelingsvrijheid van private actoren stand kan houden onder druk van de eerder genoemde ontwikkelingen van liberalisering, secularisering, Europeanisering, globalisering en privatisering. Een centrale vraag in deze bundel is daarmee of, en in hoeverre, van de maatschappelijk handelende private partij verwacht wordt dat hij zich aan een bijzondere verantwoordelijkheid,

15 Zie Engelhard 2010. Zie ook de bijdrage van Emaus aan deze bundel.

16 Om enigszins vooruit te lopen op wat komen gaat: uit de bijdrage van Giesen blijkt bijvoorbeeld dat de normstelling voor private partijen die een publieke taak uitvoeren, gelijk loopt met de normen die gelden voor gewone private actoren die privaatrechtelijk handelen. Niettemin blijkt dan dat de private actor 'slechter' af is dan een mogelijk overheidsorgaan, vanwege de al besproken beleidsvrijheid die bij private actoren ontbreekt.

17 Vgl. Freeman 2003, p. 1351, die diverse publiekrechtelijke normen ('due process', etc.) ziet doorsijpelen naar het privaatrecht en dus van 'publicization' spreekt.

en daaruit voortvloeiende mogelijke aansprakelijkheid, onderwerpt als hij maatschappelijke en/of publieke taken gaat uitvoeren?

4 DE AARD EN HET KARAKTER VAN DE GESIGNALEERDE VERSCHUIVINGEN

4.1 *Introductie*

Dat de verschuiving van de panelen tussen het publieke en private domein van invloed is, althans kan zijn, op vragen van verantwoordelijkheid en vooral aansprakelijkheid is, zeker na lezing van de navolgende bijdragen, wel duidelijk. Maar die invloed laat zich op verschillende ‘niveaus’ gelden, dat wil zeggen komt naar voren via diverse ‘typen van verantwoordelijkheid’ die private actoren te dragen kunnen krijgen. Wij zien in deze bundel vier van die typen verantwoordelijkheid de revue passeren, die hier reeds worden vermeld om de lezer enige richting mee te geven bij bestudering van de navolgende bijdragen.

4.2 *Verantwoordelijkheid voor normontwikkeling*

Een eerste type verantwoordelijkheid dat in de navolgende bijdragen aan de orde komt, is de verantwoordelijkheid van private partijen voor de ontwikkeling van normen op het gebied van risicobeheersing. De techniek schrijdt voort en het zijn in de regel private partijen die betrokken zijn bij het ontwikkelen van nieuwe technieken en die dus het beste op de hoogte zijn van de gevaren en risico's die aan die nieuwe technieken kleven, hoewel ze die ongetwijfeld niet steeds zullen willen prijsgeven. Terwijl van de overheid wordt verwacht dat die door middel van regulering en handhaving de veiligheid verzekert van degenen die onder haar rechtsmacht ressorteren, is in dit licht de vraag gerechtvaardigd of de overheid wel de aangewezen partij is om dit soort ‘nieuwe’ risico's in kaart te brengen en aan te geven hoe de verwezenlijking ervan het best voorkomen kan worden. Het verbaast dan ook niet dat de overheid steeds meer in lijkt te zetten op een primaire verantwoordelijkheid voor het bedrijfsleven voor het waarborgen van de fysieke veiligheid, met name waar het gaat om activiteiten waarbij gebruik wordt gemaakt van dergelijke nieuwe technieken. Maar wat is in deze context dan precies de verantwoordelijkheid van de vaak beter ingevoerde private partijen? En hoe vertaalt die verantwoordelijkheid zich in termen van aansprakelijkheid? *De Jong* komt in zijn bijdrage toe aan deze en andere vragen, net als *Faure* in zijn reactie op die bijdrage.¹⁸ En *Enneking* laat in haar bijdrage zien dat het debat rond internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen grotendeels draait om de vraag in hoeverre van internationaal opererende ondernemingen verwacht mag worden

18 Vgl. ook in breder verband Scheltema 2013, p. 189 e.v.

dat zij verantwoordelijkheid nemen voor de bescherming van mens en milieu in minder ontwikkelde gastlanden tegen de mogelijk nadelige gevolgen van hun activiteiten aldaar.

4.3 *Verantwoordelijkheid in het kader van normhandhaving*

Een tweede type verantwoordelijkheid dat aan bod komt in de bundel en dat nauw verbonden is met de verantwoordelijkheid voor normontwikkeling, is de verantwoordelijkheid van private partijen in het kader van de handhaving van door de overheid geformuleerde gedragsnormen.¹⁹ Gelijk aan de hiervoor geschetste situatie, is het niet altijd de overheid die het beste in staat is om gestelde normen adequaat te handhaven. Niet zelden zijn private partijen beter op de hoogte van normschendingen door andere private partijen dan de overheid. Daarbij kan niet alleen gedacht worden aan degenen die nadeel ondervinden van de betreffende schendingen, maar ook aan concurrenten of branchegeenoten van de normovertreders en maatschappelijke belangenorganisaties die ten doel hebben de bevordering van de belangen die de overtreden normen beogen te beschermen. Of dat het geval is, hangt mede samen met de vraag of wij wellicht van doen hebben met een wederpartij die als een ‘sterke’ partij benoemd zou kunnen worden, zoals *Emaus* die beschreven heeft in haar bijdrage, hetgeen overigens geen eenvoudige kwestie is, aldus *Hartlief* in diens reactie.

Een voorbeeld van private actoren die de verantwoordelijkheid voor normhandhaving krijgen toebedeeld zijn beleggingsondernemingen die zodanig nauw betrokken zijn bij transacties en hun cliënten en zich in dat kader ‘dichter’ bij de informatie bevinden die een vermoeden kan doen rijzen ten aanzien van marktmisbruik dan de overheid. *Kristen & De Vita* gaan in hun bijdrage in op de zogenaamde klikplicht voor beleggingsondernemingen en de dilemma’s van deze klikplicht voor het aansprakelijkheidsrecht, alsook de betekenis van de wettelijke vrijwaringen van aansprakelijkheid.²⁰ Een ander voorbeeld is het door *Enneking* besproken fenomeen van *public interest litigation*, waarbij private actoren het initiatief tot handhaving van publieke normen in eigen hand nemen door naar de rechter te stappen in situaties waarin zij menen dat dit noodzakelijk is om een adequate bescherming van bepaalde maatschappelijke belangen te bewerkstelligen.

¹⁹ Zie ook Du Perron 2013, p. 16.

²⁰ Vgl. ook Groenhuijsen 2013, p. 614.

4.4 *Verantwoordelijkheid voor het treffen van maatregelen ter bescherming van fysieke veiligheid*

Een derde in deze bundel aan de orde komend type van verantwoordelijkheid is de verantwoordelijkheid voor het treffen van maatregelen ter bescherming van de fysieke veiligheid. Private beveiligingsbedrijven springen op verschillende plekken in, omdat zij menen goedkoper zorg te kunnen dragen voor de fysieke veiligheid. Een eerste voorbeeld betreft de beveiligingsbedrijven die op private koopvaardischepen wensen mee te varen om daar de verantwoordelijkheid voor de fysieke veiligheid van de bemanning op zich te nemen. Dit thema staat centraal in de bijdrage *Roorda, Ryngaert & Straten* en in de reactie van *Hallo de Wolf*. *Giesen* concentreert zich op beveiligingsbedrijven en andere marktpartijen die hun markt op vaste bodem zoeken en die ook, soms ongewild, de verantwoordelijkheid voor bescherming van de fysieke veiligheid van derden in hun portefeuille terugvinden. In zijn bijdrage, alsmede in de reactie van *Kortmann*, komt bijvoorbeeld aan de orde de verantwoordelijkheid voor de fysieke veiligheid van bezoekers in winkelcentra en andere openbare ruimten.

4.5 *Verantwoordelijkheid in het kader van het afwikkelen van geleden nadeel*

Een vierde en laatste type verschuivende verantwoordelijkheid die in de bundel aan de orde komt, is de verantwoordelijkheid ten aanzien van het afwikkelen van door private actoren geleden nadeel die samenhangt met (het faciliteren van) de activiteiten van andere private actoren. *Van den Broek* signaleert in haar bijdrage een verschuivende verantwoordelijkheid, en referent *Tjepkema* beaamt dat, als het gaat om het dragen van (plan)schade die ontstaat als gevolg van rechtmatige besluiten van de overheid op het gebied van ruimtelijke ordening en infrastructuur. Nadeelcompensatie wordt door de overheid via een overeenkomst afgewenteld op die private partij die profiteert van de besluitvorming en, zo signaleert *Van den Broek*, is daarmee niet langer een ‘exclusieve overheidstaak’.

5 DE VERDERE OPBOUW VAN DEZE BUNDEL

Ter afsluiting van deze inleiding volgt nog een kort overzicht van de verdere opbouw van deze bundel.

In de eerste bijdrage besteedt *Emaus* aandacht aan machtsvorming bij private partijen die daardoor in sommige opzichten gelijkenis gaan vertonen met publieke partijen. Die gelijkenis kan schuilgaan in de verantwoordelijkheid voor het uitvoeren van publieke taken, maar bijvoorbeeld ook in het kennisniveau waar de betreffende actor over beschikt.

De ontwikkeling van het ontstaan van steeds machtiger private partijen kan worden toegeschreven aan eerder genoemde ontwikkelingen als liberalisering, privatisering, secularisering of globalisering. Met als doel bij te dragen aan de theorievorming van de tot nu toe nog maar weinig beschreven *sterke partij*, stelt Emaus in haar bijdrage drie vragen centraal. Wie is de sterke partij? Waarom rust op die partij een bijzondere verantwoordelijkheid? En hoe krijgt die verantwoordelijkheid vorm in het recht?

Hartlief, in zijn reactie op deze bijdrage, prijst de nieuwe benadering, waarvan de vernieuwing ligt in het feit dat nu eens niet gestart wordt bij de zwakke partij maar juist aan de andere zijde. Tegelijkertijd plaatst hij echter ook een aantal kritische kanttekeningen, onder andere bij het punt van het bepalen van wie nu eigenlijk de sterke partij is of zou kunnen zijn. Is dat wel zo eenvoudig te realiseren aan de hand van sociologische inzichten? En leiden die inzichten ons uiteindelijk tot een beter inzicht dan de (volgens Hartlief: scherpere) factoren die de Hoge Raad meegeeft?

In de tweede bijdrage van *Giesen* staat centraal de kwestie van wat in de Verenigde Staten bekendstaat als het leerstuk van ‘inadequate security’: ontoereikende veiligheid. Hierbij gaat het om strafbare, schade toebrengende feiten gepleegd door primaire daders waartegen door derden (en dus mogelijk ‘secundaire daders’, vaak ‘peripheral tortfeasors’ genoemd), beveiliging had moeten worden geboden, maar dat niet (afdoende) gebeurd is. De gedraging die voor wat betreft de civielrechtelijke aansprakelijkheid ter discussie staat, is het nalaten van de derde, en dus niet (enkel) het crimineel opzettelijk handelen van de eigenlijke, primaire dader. De kernvraag luidt: hoe ver mogen, willen en kunnen we gaan als het om dit soort zorgplichten en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid van ‘derden’ ter voorkoming van veiligheidsrisico’s voor medeburgers gaat? Vooral waar de overheid een terugtrekkende beweging maakt en als logische ‘gedaagde’ uit beeld is geraakt, is die vraag pregnant en praktisch relevant omdat vervolgens allicht gepoogd zal of kan worden om de rekening te deponeren bij de in plaats van de overheid inspringende private partij die het publieke belang op zich genomen heeft.

Kortmann reageert op deze bijdrage door met name aan de orde te stellen of het wel zo vreemd is, zoals *Giesen* betoogt en hiervoor al besproken is, dat een private partij anders behandeld wordt, qua aansprakelijkheid zwaardere normen op zijn pad vindt, dan voorheen de overheid, omdat die overheid beleidsvrijheid heeft. Anders dan *Giesen* ziet hij in de verschillen tussen deze twee typen partijen voldoende rechtvaardiging voor een onderscheid in behandeling.

Kristen & De Vita leggen zich vervolgens in de derde bijdrage toe op de zogenaamde ‘klikplicht’, neergelegd in art. 5:62 lid 1 Wft, die ertoe leidt dat beleggingsondernemingen als private partijen worden ingeschakeld voor het detecteren en zelfs opsporen van vormen van marktmisbruik. De ‘klikplicht’ kan beleggingsondernemingen in een lastig parket brengen. Enerzijds hebben zij een taak en verantwoordelijkheid jegens hun cliënten die van hun diensten gebruik maken om transacties in financiële instrumenten aan te gaan.

Anderzijds kunnen beleggingsondernemingen die meewerken aan de uitvoering van de desbetreffende transactie zelf strafrechtelijk aansprakelijk zijn wegens medeplichtigheid van marktmisbruik. Dan keert de 'klikplicht' zich tegen de beleggingsonderneming: zij wordt zelf verdachte. Daarnaast levert het niet voldoen aan de klikplicht een zelfstandig beboetbaar en strafbaar feit op. Om een uitweg te bieden aan beide dilemma's voorziet de Wft met art. 5:63 Wft in een civielrechtelijke én strafrechtelijke vrijwaring van aansprakelijkheid. Een bestuursrechtelijke vrijwaring ontbreekt evenwel. De verschuiving van publieke naar private opsporing is aldus via vrijwaring deels afgedekt om een aansprakelijkheid te vermijden. Maar wat behelzende civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaringen nu precies in het licht van mogelijke aansprakelijkheden?

In de vierde bijdrage bespreken *Roorda, Ryngaert & Straten* de kwestie van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het licht van de discussie die op het moment in Nederland heerst over de vraag of private beveiligingsbedrijven (PMSCs) kunnen worden ingezet in de strijd tegen de piraterij. In hun artikel brengen zij de belangrijkste juridische uitdagingen in kaart die rijzen bij het uitbesteden van gevoelige activiteiten – zoals het gebruik van geweld (een wel heel klassiek geval van een overheidsmonopolie) – aan PMSCs. Ook proberen zij tot een haalbaar regelgevend kader te komen. De nadruk ligt daarbij op de organisatie van toezicht en aansprakelijkheid, door de uitbestedende Staat, ten aanzien van de reder/kapitein en de PMSC en haar werknemers.

In zijn reactie op die bijdrage werpt *Hallo de Wolf*, onder meer, nog de suggestie op om lering te trekken uit ervaringen uit het Verenigd Koninkrijk, waar in de Human Rights Act 1998 de relatie tussen particulieren die een publieke taak uitoefenen en de EVRM-rechten is geregeld. *Hallo de Wolf* stelt dat het wellicht te overwegen is om die constructie als inspiratie voor een gelijke regeling in Nederland te benutten. Hij komt verder tot de slotsom dat de overheid die denkt met de privatisering van 'taken die gebruik van geweld inhouden' kosten te kunnen besparen, wellicht bedrogen uitkomt. Aan het uitvoering geven aan verschillende positieve verplichtingen op het gebied van regulering en handhaving, hangt ook een prijskaartje, aldus *Hallo de Wolf*.

Enneking signaleert in de vijfde bijdrage dat de tendens richting rechtszaken waarin internationaal opererende bedrijven civielrechtelijk aansprakelijk gesteld worden voor schade aangericht aan mens en milieu als gevolg van hun activiteiten in ontwikkelingslanden op een aantal fronten onze bestaande, traditionele ideeën over de scheiding tussen publiek en privaat ter discussie stelt. In haar bijdrage bespreekt zij aan de hand van enkele recente aansprakelijkheidsprocedures een aantal opvallende verschuivingen van publiek naar privaat die zich in deze context voordoen. Zij gaat daartoe onder meer in op de toenemende verantwoordelijkheden die internationaal opererende bedrijven verwacht worden te dragen voor mens- en milieugerelateerde belangen in gastlanden waar zij activiteiten ontplooiën. Daarnaast besteedt zij ook aandacht aan het daarmee samenhangende verschijnsel dat potentiële benadeelden en maatschappelijke belangenorganisaties steeds vaker zelf het

initiatief nemen om via civiele rechters in de thuislanden van deze bedrijven een hoger beschermingsniveau af te dwingen ten aanzien van de mogelijk nadelige effecten die de betreffende activiteiten kunnen hebben op mens en milieu in de landen waar zij ontplooid worden.

In zijn bijdrage over de invloed van voorzorgsbeleid met betrekking tot nanodeeltjes op de werkvloer op de zorgplicht van werkgevers, stelt *De Jong* een verschuiving vast van publiek naar privaat bij het formuleren en in de praktijk brengen van verantwoordelijkheden voor de omgang met mogelijke risico's van nanodeeltjes. Die verschuiving is voor hem aanleiding voor de volgende vragen die centraal staan in deze zesde bijdrage: Hoe vindt deze verschuiving plaats en hoe beïnvloedt dit de zorgplicht van werkgevers onder de open norm van art. 7:658 lid 2 BW? Zijn deze invloeden wenselijk?

In zijn reactie onderschrijft *Faure* veel van *De Jongs* bevindingen, en plaatst hij diens betoog in een abstracter, rechtseconomisch kader, een kader dat *Faure* zelf omschrijft als de klassieke zoektocht naar 'smart mixes' van beleidsinstrumenten. Daarbij wijst hij erop dat de inzet van het aansprakelijkheidsrecht als reguleringsvorm niet zonder problemen is (denk aan latentieperiodes, causaliteitsproblemen, etc.) zodat 'nieuwe risico's' niet steeds afdoende geïnternaliseerd worden. Dat moet tegengegaan worden, via bijvoorbeeld de inzet van risicoaansprakelijkheden en *ex ante* solvabiliteitsgaranties.

Van den Broek, in haar bijdrage, laat aan de hand van twee ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie zien dat de draagplicht ten aanzien van schade die voortvloeit uit rechtmatig overheidshandelen verschuift van de overheid naar de burger. In haar bijdrage stelt zij, in het verlengde hiervan, de vraag in hoeverre het gerechtvaardigd is de schade veroorzaakt door rechtmatig overheidsoptreden zo te verplaatsen. Die vraag beantwoordt zij aan de hand van drie rechtsbeginselen: het ongeschreven *égalité*-beginsel, het profijtbeginsel en het 'vervuiler betaalt'-beginsel.

Referent *Tjepkema* kan de lijn van het betoog van Van den Broek grotendeels onderschrijven, zij het dat hij de door Van den Broek gesignaleerde tendens vooral waarneemt in het planschaderecht. Tjepkema signaleert verder dat de rol van de rechter een veel actievere is in een driepartijenverhouding – waar dus wordt geprobeerd de schade op een (derde) private initiatiefnemer af te wentelen – dan in een (meer klassieke) tweepartijenverhouding. En hij staat meer uitgebreid stil bij een punt dat Van den Broek terloops aanstipt, namelijk de (aan- of afwezigheid van) prikkels voor een bestuursorgaan als er gebruik wordt gemaakt van een afwentelmechanisme, om rekening te houden met de belangen van de schadedrager.

6 UITLEIDING: EEN PRELUDE OP ZEVEN GEZAMENLIJKE VRAGEN

De bijdragen in de bundel zijn allemaal toegespitst op specifieke situaties waarin door de auteurs een verschuiving van verantwoordelijkheid is waargenomen. De analyse van die verschillende situaties door de auteurs in een gezamenlijke brainstormsessie (zie § 1.2 hiervoor) heeft een aantal vragen doen rijzen die in de slotbeschouwing in deze bundel nader zullen worden gepresenteerd en toegelicht. Deze vragen worden hier alvast kort genoemd.

In de eerste plaats rijst de vraag: wat gebeurt er precies bij privatiseringen als het om kwesties van verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid gaat? Vindt er een verschuiving of toedeling van verantwoordelijkheid plaats? En dan: wie heeft dat proces aangejaagd? Was dat de wetgever, de rechter, of mogelijk de betrokken private partij? Ten derde rijst de vraag waarom dit is gebeurd? Kan of wil de overheid de verantwoordelijkheid zelf niet langer nemen? En daaropvolgend, naar wie verschuift die verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid? Is dat de burger, rederij of het bedrijfsleven? En, vraag vijf, wat is de (eventueel) resterende rol van de overheid? De zesde vraag die rijst, is: hoe krijgt die verantwoordelijkheid vorm in rechte? Waar zoek je de handvatten voor de juridische verdeling van de verantwoordelijkheid in het kader van een aansprakelijkheidstelling? Wat te doen als een vacuüm dreigt ten aanzien van het ook werkelijk aansprakelijk kunnen stellen? Vraag zeven luidt, tot slot: wat betekent de verschuivende verantwoordelijkheid voor de betreffende juridische discipline (het internationaal publiekrecht, het bestuursrecht, het strafrecht of het privaatrecht)?

Met een nadere bespreking van deze zeven vragen zullen wij deze bundel afsluiten. We doen dat in de hoop en verwachting de kennis over privatisering en aansprakelijkheid weer wat verder te hebben gebracht, althans een aanzet tot verder debat daarover te hebben gegeven.

LITERATUUR

Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011

Besselink & Nehmelman 2010

L.F.M. Besselink, R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Staatrechtsconferentie 2009*, WLP: Nijmegen 2010

Burkens et al. 2006

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Begin-selen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006

De doe-democratie 2013

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *De doe-democratie. Kabinetsnota ter stimulering van een vitale samenleving*, Den Haag: 2013

De Goede & Troostwijk 1956

B. de Goede & M. Troostwijk, *Het gebruikmaken van burgerrechtelijke vormen bij de behartiging van openbare belangen*, Preadviezen voor de VAR, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht deel 34, Haarlem: Tjeenk Willink, 1956.

De Haan 1999

P. de Haan, *Recente ontwikkelingen in de verhouding publiek-/privaatrecht*, rede KNAW, Mededelingen van de Afdeling Letterkunde / Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, dl. 62, no. 7, Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij, 1999

Du Perron 2013

C.E du Perron, Normen tussen publiekrecht en privaatrecht, in: O. Cherednychenko, e.a. (red.), *Het publieke van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt*, BJu: Den Haag 2013, p. 13 e.v.

Engelhard 2010

E.F.D. Engelhard, (Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het 'grijze' gebied, in: L.F.M. Besselink, R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Staat-rechtsconferentie 2009*, WLP: Nijmegen 2010

Freeman 2003

J. Freeman, 'Extending public norms through privatization', 116 *Harv. L. Rev.* 1285

Groenhuijsen 2013

M.S. Groenhuijsen, Afrondende en overkoepelende beschouwingen over het thema privatisering van het strafrecht, AA 2013, p. 606 e.v.

Heldeweg 2008

M.A. Heldeweg, 'Demandez l'impossible? Incomplete privatisering en poreuze publieke belangen op het grensvlak van publiekrecht en privaatrecht', in: *Publiekrecht in de leer – Opstellen aangeboden aangeboden aan prof.mr.dr. A.Q.C. (Twan) Tak*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 63 e.v.

Jansen et al. 2011

C.E.C. Jansen, S.A.J. Munneke, F.J. van Ommeren & J.W. Rutgers (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011

Keirse 2009

A.L.M. Keirse, De schadevoorkomingsplicht, in: E.F.D. Engelhard et al (red.), *Handhaving van en door het Privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

Kemperink 1995

G.N.H. Kemperink (red.), *Publieke taak, private markt: de gevolgen van privatisering voor de publieke taakstelling*, Deventer: Kluwer, 1995

Scheltema 2013

M.W. Scheltema, De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht, *MvV* 2013, p. 186 e.v.

Schutgens 2012

R.J.B. Schutgens, Art. 3:305a BW: de burgerlijke rechter tussen algemene belangen en particuliere hobby's, in: L.E. de Groot, H. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op 14 terreinen*, Kluwer: Deventer 2012, p. 207 e.v.

Zijlstra et al. 2008

S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel & A.A. Freriks, *Privaat bestuur?*, Preadviezen voor de VAR Vereniging voor Bestuursrecht, VAR-reeks deel 140, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2008

DE STERKE PARTIJ IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

*Een verkennende studie naar machtige private partijen en hun
verantwoordelijkheid ten aanzien van anderen*

*Jessy Emaus**

‘Existing rules and principles can give us our present location, our bearings, our latitude and longitude. The inn that shelters for the night is not the journey’s end. The law, like the traveler, must be ready for the morrow. It must have a principle of growth.’¹

Benjamin N. Cardozo 1924

1 INLEIDING

1.1 *Bescherming van de zwakke partij in literatuur, wetgeving en rechtspraak*

‘De zwakke partij’ staat sinds enige tientallen jaren breed in de belangstelling in – met name – de contractenrechtelijke literatuur.² Die academische aandacht gaat hand in hand met (aanhoudende) aandacht van de Europese en Nederlandse wetgever voor de positie van die zwakke partij. De wetgever heeft de zwakke partij via verschillende bijzondere publiekrechtelijke en civielrechtelijke regelingen van bescherming voorzien. De bescherming van de zwakke partij krijgt in het contractenrecht bijvoorbeeld gestalte via regelgeving die het handelen van de wederpartij aan banden legt. Zo ziet de consument (*i.e.* de natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf) zich beschermd door het wettelijk vermoeden in art. 6:237 BW dat de daargenoemde bedingen onredelijk

* Jessy Emaus is als onderzoeker verbonden aan Ucall, *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* en Renforce, *Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe* en is als universitair docent werkzaam bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Utrecht (J.M.Emaus@uu.nl). Zij bedankt Liesbeth Enneking, Ivo Giesen en Anne Keirse voor hun waardevolle opmerkingen bij een concept versie van deze bijdrage.

1 Cardozo 1963, p. 20.

2 Zie onder meer: Hondius 1999; Lindenbergh 1999; Hartlief 1999; Hartlief 2003; Hesselink e.a. (red.) 2003; Van Dunné 2005; Cherednychenko 2007; Mutluer & C.E.C. Jansen 2007; Rinkes 2009; Van Kleef 2010; Hartlief 2013.

bezwarend zijn als ze in algemene voorwaarden voorkomen. Meer nog ziet deze consument zich beschermd door de zwarte lijst in art. 6:236 BW, waarin bedingen zijn opgesomd die als onredelijk bezwarend zijn aangemerkt. Ter illustratie kan ook worden genoemd de recente wijziging van de *Wet op het financieel toezicht* (hierna: Wft) waarmee in die wet een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners is geïntroduceerd,³ een zorgplicht waarmee de bescherming van de consument of begunstigde wordt voorgestaan.⁴ Andere voorbeelden van zwakke partijen die via bijzondere regelingen in de wet worden beschermd, zijn de partijen die in Boek 7 BW bijzondere bescherming vinden: ‘de patiënt’ in de patiënt/arts-verhouding, ‘de werknemer’ in de werknemer/werkgever-verhouding en ‘de huurder’ in de huurder/verhuurder-verhouding.⁵

Behalve door deze bescherming in de wet, krijgt de bescherming van de zwakke partij ook vorm via de invulling van open normen door de rechter, bijvoorbeeld via de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheid.⁶ Zo bevestigde de Hoge Raad in *MeesPierson/Ten Bos*:

‘[...] dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht meebrengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.’⁷

De zwakke partij vindt ook bescherming in grondrechten, waaronder het recht op eerbiediging van zijn privéleven, zoals uitgewerkt in bijvoorbeeld Richtlijn 95/46, betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (hierna: Databeschermingsrichtlijn).⁸

De Databeschermingsrichtlijn voorziet natuurlijke personen van bescherming tegen onoorbare gegevensverwerking die niet plaatsvindt in de persoonlijke of huishoudelijke

3 Art. 4:24a lid 1 en 2 Wft luiden:

‘1. Een financiële dienstverlener neemt op zorgvuldige wijze de gerechtvaardigde belangen van de consument of begunstigde in acht.

2. Een financiële dienstverlener die adviseert, handelt in het belang van de consument of begunstigde.’

Zie: Wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2014, *Kamerstukken II* 2012/13–2013/14, 33632, 1–18; *Kamerstukken I* 2013/14, 33632, A–D.

4 *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, 3, p. 27–28 (MvT).

5 Vgl. Van Gerven 2010, p. 484.

6 Zie over dit onderscheid ten aanzien van financiële dienstverleners: Van Dijk – Van der Woude 2009, p. 75.

7 HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285, r.o. 3.6.2. (*MeesPierson/Ten Bos*).

8 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (*Publicatieblad* Nr. L 281 van 23/11/1995 blz. 0031 – 0050).

sfeer. De Grote Kamer van het Hof van Justitie besliste recent in de *Google Spain*-zaak dat de Databeschermingsrichtlijn moet worden uitgelegd op basis van de grondrechten, in het bijzonder het recht op eerbiediging van het privéleven (art. 7 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, hierna: Handvest) en het recht op bescherming van persoonsgegevens (art. 8 Handvest).⁹ Ook voor de bescherming van de zwakke partij door de rechter geldt dat er veel meer voorbeelden voorhanden zijn dan de hier genoemde.

De sterke partij (voor nu: de wederpartij van de zwakke) wordt ondertussen, in de schaduw van de zwakke partij, veel minder geanalyseerd. Dat wil zeggen: waar de bescherming van de zwakke partij centraal staat, komt ook de sterke partij aan bod. De sterke partij is normadressaat van de regels die zijn gecreëerd met de bedoeling de zwakke te beschermen. De sterke partij wordt, anders gezegd, verantwoordelijk gemaakt voor het behartigen van de belangen van andere private partijen – belangen die zelfs tegengesteld kunnen zijn aan de eigen belangen. Desondanks ontbeert het naar mijn mening ten onrechte aan theorievorming specifiek ten aanzien van (de aard van) de sterke partij. Het moet duidelijk zijn bij wie, ter bescherming van de zwakke, een bijzondere verantwoordelijkheid wordt gelegd.¹⁰ Als duidelijk is wie de sterke partij is, kan beter antwoord worden gegeven op de vraag *waarom* het recht nu juist van deze persoon meer verwacht en *hoe* die bijzondere verantwoordelijkheid van de sterke partij in rechte vorm krijgt of kan krijgen.

1.2 Aandacht voor de sterke partij en zijn gedrag

Het bestaan van de hier genoemde zwakke/sterke partij-verhoudingen die bijzonder juridisch zijn gereguleerd, kan worden verklaard uit de in de inleiding van deze bundel genoemde maatschappelijke ontwikkelingen van liberalisering, privatisering, globalisering en secularisering. Globalisering, bijvoorbeeld, heeft ervoor gezorgd dat we tegenwoordig ondernemingen kennen die zich qua jaaromzet gemakkelijk meten met een (kleine) staat. Deze ondernemingen, anders gezegd, zijn belangrijke nieuwe spelers op mondiaal niveau naast (traditioneel) de staat, en dat leidt tot vragen over hun taken en verantwoordelijkheden. Maar we kunnen ook denken aan een private partij die, bijvoorbeeld via een vergunning, exclusief de bevoegdheid krijgt om een bepaalde taak op zich te nemen; dat kan heel wel een (semi-)publieke taak zijn. In dit soort gevallen is te zien dat het verkrijgen, op welke wijze ook, van macht, en daarmee verantwoordelijkheid, door private partijen, hand in hand gaat met een verschuiving van publiek naar privaat. En daarmee is gegeven dat de beschrijving en analyse van ‘de sterke partij’ niet separaat van die verschuiving kan plaatsvinden.

⁹ HvJ EU (Grote Kamer) 13 mei 2014, C-131/12 (*Google Spain*).

¹⁰ Nb. Alleen als er een strikte tweedeling zou bestaan tussen zwakke en sterke partij, en niemand ertussen, zou dit niet hoeven. Dat is echter niet zo.

In deze bijdrage staat ‘de sterke partij’ centraal met de bedoeling dit concept te analyseren en bij te dragen aan theorievorming op dit gebied. Weliswaar komt de bescherming van de consument als zwakke partij rationeel en logisch voor, maar toch kan het nader analyseren van de bijzondere verantwoordelijkheidsverdeling in zwakke partij/sterke partij-verhoudingen meer gelijkheid brengen, namelijk als kan worden vastgesteld welke beginselen aan de bijzondere verantwoordelijkheid van de sterke partij ten grondslag liggen. Als we de sterke partij ontleden, welk idee ligt dan aan de bijzondere normering van zijn doen en laten ten grondslag? Als dan in de toekomst de vraag rijst of het gedrag van een andere specifieke partij ook aan bijzondere normering mag worden onderworpen, kan worden teruggegrepen op de beginselen die aan de keuze voor de bijzondere normering van het gedrag van de tegenwoordig al bekende sterke partijen ten grondslag hebben gelegen. Ingeval die beginselen niet toereikend zijn om het gedrag van deze nieuwe partij ook bijzonder te normeren, betekent dat niet per se dat die bijzondere normering er niet moet komen, maar wel dat aan zo een bijzondere normering dus een andere ratio ten grondslag zal liggen. En die moet dan opnieuw voor deze relatie worden gezocht, en weer met de bedoeling om meer inzicht te geven in de keuze voor de bescherming en normering, en met de bedoeling in de toekomst gelijke gevallen gelijk te kunnen behandelen.

Mijn keuze voor het onderzoek naar de sterke partij is ook ingegeven door het idee dat het recht waar een zwakke partij wordt beschermd, niet ingrijpt op het handelen van de zwakke partij, maar op het handelen van de sterke partij. Die ziet zijn vrijheid ingeperkt door wettelijke regels en krijgt een bijzondere verantwoordelijkheid die bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in de zorgvuldigheidsnorm in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, maar ook in de (ongeschreven) ‘rechtsgebondenheid’ van partijen tegenover wie een beroep wordt gedaan op grondrechten.¹¹ Een belangrijk zwaartepunt van juridisch onderzoek moet naar mijn mening daar liggen waar het recht ingrijpt en dat is *bij de sterke partij en zijn gedrag*, zijn doen en laten. Een analyse van de sterke partij en de verhouding waarin hij staat tot de zwakke, kan verhelderen hoe de ongelijkheid in elkaar steekt. Met die informatie kan worden verklaard waarop de bijzondere verantwoordelijkheid van de sterke partij ziet en wat die dus moet inhouden.

1.3 Plan van aanpak

In deze bijdrage staat zoals gezegd een drietal vragen centraal: *wie* is de sterke partij, *waarom* rust op deze partij een bijzondere verantwoordelijkheid en *hoe* kan die verantwoordelijkheid vorm krijgen in het recht? Deze bijdrage is toegespitst op de rol van de sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht en behelst *een verkenning* van de mogelijkheden die de sociologie biedt om de sterke partij in het recht verder vorm te geven, met een koppeling van die

¹¹ Van Gerven & Lierman 2010, p. 482. Zie paragraaf 4.2.1.

inzichten aan de rechtsvorming in het aansprakelijkheidsrecht.¹² De keuze om in deze studie de discipline van de sociologie te betrekken, berust op de veronderstelling dat de onevenwichtigheid in de relatie tussen de zwakke partij en de sterke partij in de eerste plaats schuilt in de betrekking tussen deze partijen. Die betrekking tussen partijen en personen is nu juist het object van studie in de sociologie. De keuze neemt niet weg dat ook andere disciplines (bijvoorbeeld de psychologie) zouden kunnen bijdragen aan het doel van de ontwikkeling van de theorievorming ten aanzien van de aard van de sterke partij in het (aansprakelijkheids)recht, maar dat is dan voor een andere keer.

Na de analyse van de inzichten uit de sociologie ten aanzien van de aard van de sterke partij, is de rechtsgeleerde discussie op het gebied van de financiële dienstverlening, bij wijze van *case study*, gekozen ter beantwoording van de vraag *waarom* op de sterke partij (*i.e.* de financiële dienstverlener) een bijzondere verantwoordelijkheid rust. Tegelijkertijd wordt voor die verhouding geanalyseerd *hoe* de bijzondere verantwoordelijkheid van de financiële dienstverlener heeft vorm gekregen. De keuze voor financiële dienstverlening als onderzoeksobject berust op de veronderstelling dat de financiële dienstverleningsverhouding voldoende onderzoeksmateriaal biedt, aangezien die verhouding al geruime tijd in de belangstelling staat en veel beschreven is.

Voor de beantwoording van de derde en laatste vraag – de *hoe*-vraag – wordt niet alleen de privaatrechtelijke norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid bestudeerd, maar worden ook twee typen publiekrechtelijke normen geanalyseerd die in de verhouding overheid/particulier het doen en laten van de sterke partij (*i.e.* de overheid) normeren. De grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden bestudeerd, omdat daarmee juist is beoogd het gedrag van de sterke partij die de overheid is, aan banden te leggen en de verantwoordelijkheid van de overheid vorm te geven. Dat kan inspiratie bieden voor de algemene analyse.

1.4 Opbouw bijdrage

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. De kern van de uiteenzetting wordt gevormd door de sociologische analyse van de sterke partij en de koppeling van de aard van de sterke partij aan de normstelling in het aansprakelijkheidsrecht. Aan de hand van inzichten uit de sociologie wordt in paragraaf 2 betoogd dat de sterke partij de partij is die machtig is ten opzichte van zijn wederpartij. De theorie van socioloog *Bierstedt*, die inhoudt dat macht voortkomt uit een verschil in aantal personen, organisatie en toegang tot hulpbronnen, wordt uiteengezet en bij wijze van voorbeeld losgelaten op de financiële dienstverleningsverhouding. In paragraaf 3 wordt de analyse van deze bijzondere verhouding voortgezet en wordt uiteengezet hoe de verantwoordelijkheidsverdeling daar vorm heeft gekregen.

12 Zie: Van Boom 2013, p. 7–84. En ook: Van Boom, Giesen & Verheij (red.) 2013.

Daaropvolgend worden argumenten opgesomd die in de literatuur vóór en tégen deze verdeling van verantwoordelijkheid zijn genoemd. In paragraaf 3 luidt de (deel)conclusie dat de verantwoordelijkheidsverdeling in het aansprakelijkheidsrecht vorm krijgt via de figuren van de zorgvuldigheidsnorm en de eigen schuld. In paragraaf 4 worden aan deze figuren twee publiekrechtelijke concepten toegevoegd die in het publiekrecht de macht van de overheid aan banden leggen. Dat zijn de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij wijze van verkenning wordt in die paragraaf gesteld dat aan deze normen tenminste inspiratie kan worden ontleend bij de normering van het gedrag van de machtige partij, niet zijnde overheid, in het aansprakelijkheidsrecht. In paragraaf 5 worden de belangrijkste conclusies samengebracht.

2 WIE IS DE STERKE PARTIJ? EEN SOCIOLOGISCHE VERKLARING VOLGENS BIERSTEDTS CONCEPT ‘MACHT’

2.1 Bierstedts ‘*An Analysis of Social Power*’

In zijn bijdrage ‘*An Analysis of Social Power*’ analyseert en preciseert Bierstedt het sociologische concept macht.¹³ Dat doet hij in de eerste plaats door het begrip macht te onderscheiden van aanverwante, vaak als synoniem gebruikte begrippen. Bierstedt komt vervolgens met een eigen invulling van macht. Macht komt volgens Bierstedt voort uit drie bronnen die niet afzonderlijk macht scheppen, maar die alle drie nodig zijn om tot macht te komen. Die bronnen van macht zijn: de (relatieve) grootte van een groep personen, hun sociale organisatie en de toegang tot hulpbronnen.¹⁴

In deze paragraaf wordt de theorie van macht zoals Bierstedt die heeft uiteengezet, uitgelicht en losgelaten op de financiële dienstverleningsverhouding. De theorie kan meer nauwkeurig dan tegenwoordig gebeurt invulling geven aan de bijzondere aard van een sterke partij. In de financiële dienstverleningsverhouding overwoog de Hoge Raad namelijk, zoals meer uitgebreid aan de orde komt in paragraaf 3.2.1, dat de verantwoordelijkheid van de financiële dienstverlener voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid. De koppeling van een bijzondere verantwoordelijkheid aan een partij zou volgens mij aan overtuigingskracht winnen als de aard van die partij nader wordt ontleed en meer concreet dan de via

13 Bierstedt 1950, p. 730–738. Aantal citaties in *Web of Science Core Collection*: 120. Robert Bierstedt (overleden in 1998) was socioloog en geïnteresseerd in constitutioneel recht. Hij was directeur van de *American Civil Liberties Union* en *American Council of Learned Societies*. Bierstedt was via *Fulbright Senior Lectureships* verbonden aan *Edinburgh University* en *London School of Economics*. Zie: ‘Robert Bierstedt, 85, Sociologist Interested in Constitutional Law’, *The New York Times*, 1998.

14 Bierstedt 1950, p. 737.

de redelijkheid en billijkheid kan worden toegelicht waaruit de bijzondere aard nu juist bestaat.

Na de omschrijving van de ‘sterke partij’ aan de hand van Bierstedts theorie, wordt in het vervolg de aard van de (machtige) partij gekoppeld aan de normstelling in het aansprakelijkheidsrecht. In dat vervolg wordt – kort gezegd – betoogd dat op een machtige partij een bijzondere verantwoordelijkheid rust, welke verantwoordelijkheid in het aansprakelijkheidsrecht tot uitdrukking komt in de normstelling en de bewijsregels. Anders gesteld: voor een machtige partij gelden bijzondere normen.

2.2 *Macht afgezet tegen aanverwante concepten*

‘... the more things a term can be applied to the less precise its meaning...’¹⁵

Robert Bierstedt 1950

Bierstedt start zijn uiteenzetting met het scherper in beeld brengen van het begrip macht door het af te zetten tegen verschillende begrippen die vaak met macht worden geassocieerd of als synoniem voor macht worden gebruikt, te weten: prestige (*prestige*), invloed (*influence*), verhevenheid (*eminence*), competentie of bekwaamheid (*competence or ability*), kennis (*knowledge*), dominantie (*dominance*), rechten (*rights*), dwang (*force*), en autoriteit (*authority*). Deze concepten op zich brengen geen macht, maar kunnen er wel aan bijdragen dat macht ontstaat.¹⁶ Bierstedt gebruikt voorbeelden om die verschillende begrippen tegen macht af te zetten. Die voorbeelden worden hier ook behandeld, omdat mijns inziens moeilijk beter inzicht in de theorie van Bierstedt kan worden gegeven dan op de wijze zoals hij dat zelf doet.

In de eerste plaats stelt Bierstedt dat macht niet mag worden vereenzelvigd met prestige, kennis, competentie of verhevenheid. Deze concepten verhouden zich alle op gelijke wijze tot macht, maar ze zijn geen synoniemen voor macht. Macht en prestige, bijvoorbeeld, bestaan soms tegelijk, maar bestaan ook los van elkaar. Terwijl *Edward Ross*, zo blijkt uit een citaat van Bierstedt, meent dat macht voortkomt uit prestige, stelt Bierstedt juist dat prestige *volgt* op macht.¹⁷ Ter illustratie, om de beide begrippen uit elkaar te trekken, haalt Bierstedt de politiemann aan, die volgens hem macht heeft, maar (kennelijk in zijn tijd en in zijn omgeving) weinig prestige geniet; en hij noemt ook *Albert Einstein* die – omgekeerd – veel prestige geniet, maar weinig macht in sociologische zin heeft.

¹⁵ Bierstedt 1950, p. 730.

¹⁶ Zie paragraaf 2.3.4.

¹⁷ Ross 1916, p. 78. Gekend uit: Bierstedt 1950, p. 731.

Meer dan de hiervoor genoemde begrippen is het concept ‘invloed’ met macht verbonden.¹⁸ Bierstedt onderscheidt de beide begrippen als volgt. Terwijl macht dwingend is, is invloed overtuigend. En dat komt hierin tot uitdrukking dat wij ons vrijwillig laten beïnvloeden, maar aan macht worden onderworpen. Verder, stelt Bierstedt, is het een *idee* dat iemand beïnvloedt en is macht, anders, gelinkt aan een *persoon of groep personen*. Zo linkt Bierstedt *Plato, Aristoteles* en *Shakespeare* (lees: hun ideeën) aan invloed, terwijl hij *Khan* en *Hitler* beschouwt als mannen (lees: personen) die machtig waren. *Napoleon Bonaparte* en *Abraham Lincoln*, tot slot, waren beide: machtig én invloedrijk.

Dan macht en dominantie. Macht is een sociologisch begrip dat zijn oorsprong heeft in relaties tussen personen. Dominantie is een psychologisch concept en komt weliswaar tot uiting in relaties tussen personen, maar heeft zijn oorsprong in de dominante persoon. Dominantie is dus een eigenschap van een persoon – ‘*a personal trait*’. Dominante personen, aldus Bierstedt, spelen een belangrijke rol in machteloze groepen, terwijl nederige personen een rol spelen in machtige groepen.

Het is moeilijk, stelt Bierstedt, om rechten van macht te onderscheiden, vanwege de vaagheid van het begrip recht. ‘Recht’ wordt niet eenduidig uitgelegd,¹⁹ maar als voorbeeld stelt de socioloog dat je rechten kunt bezitten zonder de macht te hebben ze uit te oefenen; ‘*A “right”, like a privilege, is one of the perquisites of power and not power itself.*’²⁰

Macht laat zich, tot slot, als volgt van dwang (*force*) en autoriteit (*authority*) onderscheiden. De beide begrippen zijn nauw met macht verbonden. Bierstedt stelt:

‘(1) *power is latent force; (2) force is manifest power; and (3) authority is institutionalized power.*’²¹

Bierstedt licht zijn stelling als volgt toe. De eerste twee delen van zijn stelling neemt hij samen omdat ze een cirkeldefinitie vormen. Dwang impliceert de toepassing van sancties: ‘je geld of je leven’, is een goed voorbeeld van dwang in deze zin. Macht wordt door Bierstedt gedefinieerd als de reductie van alternatieven in maatschappelijke, sociale actie door een persoon toegepast op een andere persoon of een groep. Macht in dit verband is een conditie, een voorwaarde die dwang mogelijk maakt. Het voorziet in de mogelijkheid om dwang op te leggen, maar is dat niet zelf. Als macht wordt geïnstitutionaliseerd, bijvoorbeeld in een formele organisatie, en wordt toegekend aan maatschappelijke posities, lost macht op in autoriteit:

18 Vgl. French & Raven 1959, p. 150–167. Uitgewerkt voor het Nederlandse privaatrecht door De Hoon: De Hoon 2008.

19 Van Gerven & Lierman onderscheiden: eisrechten, bevoegdheden, faculteiten, immuniteiten. Van Gerven & Lierman 2010, p. 481.

20 Bierstedt 1950, p. 733.

21 Bierstedt 1950, p. 733.

‘The right to use force is then attached to certain statuses with the association, and this rights is what we ordinarily mean by authority.’²²

Nu de relaties tussen macht en aanverwante begrippen is toegelicht, kom ik toe aan de ontleding van macht als sociologisch concept. Want wat is macht dan wel?

2.3 *De drie bronnen van macht*

2.3.1 *Constitutief: grootte van de groep, sociale organisatie en hulpbronnen*

Hiervoor is al gezegd dat Bierstedt macht definieert als de reductie van alternatieven in maatschappelijke, sociale actie door een persoon toegepast op een andere persoon of een groep. Maar wanneer nu is daarvan sprake? Bierstedt stelt dat macht uit drie bronnen voortkomt: de grootte van een groep personen, hun sociale organisatie en de toegang tot hulpbronnen.²³ Voor het ontstaan van macht is het noodzakelijk dat alle drie de bronnen aanwezig zijn. Het volstaat niet dat één van de bronnen aanwezig is, noch dat twee van de drie aanwezig zijn.²⁴ De bronnen zijn met andere woorden constitutieve vereisten, voorwaarden, voor het ontstaan van (ultieme) macht.

2.3.2 *De (relatieve) omvang van de groep personen*

De eerste voorwaarde voor of bron van macht is dus ‘de (relatieve) omvang van de groep personen’. Macht schuilt dus (onder meer) in overwicht in aantal personen. De situatie waarin twee groepen personen op gelijke wijze (sociaal) zijn georganiseerd en bovendien gelijke toegang hebben tot hulpbronnen, zal de groep die, wat aantal personen betreft, het overwicht heeft, sterker zijn.²⁵

De afhankelijkheid van de andere bronnen van macht om werkelijk machtig te zijn, illustreert Bierstedt aan de hand van een situatie van onderdrukking. In een situatie waarin sprake is van onderdrukking van een meerderheid door een minderheid, ontbeert het de meerderheid aan sociale organisatie of toegang tot hulpbronnen.

2.3.3 *Sociale organisatie*

De tweede voorwaarde voor macht is de ‘sociale organisatie’ van de groep personen. Een goed georganiseerde kleine groep kan gemakkelijk heersen over een grote groep minder sterk georganiseerde personen (let wel, er is dan nog geen sprake van (ultieme) macht in hier bedoelde zin; de (ultiem) machtige groep dient immers aan alle drie de (constitutieve)

22 Bierstedt 1950, p. 734.

23 Bierstedt 1950, p. 737.

24 Bierstedt 1950, p. 737.

25 Zie over sociologie en meerderheden ook: Bierstedt 1948, p. 700–710.

vereisten te voldoen). Zo kan een goed georganiseerde marinevloot of politiemacht een veel groter aantal personen in toom houden dan waaruit het zelf bestaat. Bierstedt refereert ook aan de geschiedenis die leert dat kleine georganiseerde groepen veel grotere kunnen bedwingen. De macht van een goed georganiseerde kleine groep is echter begrensd door het zich steeds beter organiseren van een grote groep. Bierstedt stelt:

‘And an organized majority, as suggested in the paper previously referred to, is the most potent social force on earth.’²⁶

De derde en laatste voorwaarde voor sociale macht kan deze potentiële sociale macht tot feitelijke macht maken.

2.3.4 Toegang tot hulpbronnen

De derde en laatste voorwaarde voor sociale macht is ‘toegang tot hulpbronnen’, meer in het bijzonder tot ‘*the greater resources*’.²⁷ Tot die hulpbronnen rekent Bierstedt in ieder geval geld (*money*), bezittingen (*property*), prestige (*prestige*), kennis (*knowledge*), competentie (*competence*), leugenachtigheid (*deceit*), oplichterij (*fraud*), geheimenis (*secrecy*), en de dingen die worden geschaard onder natuurlijke hulpbronnen (*natural resources*).²⁸ Bierstedt onderkent dat hij in zijn opsomming begrippen gebruikt die hij eerder afzette tegen het begrip macht en meent – sterker – dat de meeste begrippen als hulpbron een onderdeel van macht kunnen zijn. Ze kunnen zo tussen partijen die op de andere punten elkaars gelijken zijn, de balans doen doorslaan in het voordeel van de partij die toegang heeft tot de hulpbron of de hulpbron bezit. Ingeval A en B dus beide groepen zijn die in omvang 20,000 personen tellen en gelijk zijn georganiseerd, kan B in de relatie tussen de beide machtig zijn vanwege prestige.

2.4 De theorie van Bierstedt toegepast op de financiële dienstverlener/afnemer-relatie

De theorie van Bierstedt wordt in deze uiteenzetting gebruikt om de veronderstelde macht bij de sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht nader te kunnen analyseren. In paragraaf 3 wordt uiteengezet dat een bijzondere standaard voor de sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht kan worden verklaard uit het idee dat een partij die machtig is in relatie tot zijn wederpartij een bijzondere verantwoordelijkheid draagt, die tot uitdrukking komt in de beoordeling van zijn gedraging, bijvoorbeeld bij het vaststellen van de mate van zorgvul-

²⁶ Bierstedt 1950, p. 737. Zie ook: Bierstedt 1948.

²⁷ Bierstedt 1950, p. 737.

²⁸ Bierstedt 1950, p. 737.

digheid die van de partij in de relatie mocht worden verwacht. In deze paragraaf wordt daarbij, vooruitlopend op paragraaf 3, als voorbeeld de financiële dienstverlener/afnemer (ook: consument of financiële consument)-relatie gebruikt. Voor die relatie heeft de Hoge Raad immers een strenge zorgplicht geformuleerd voor de financiële dienstverlener, gezien de positie van die financiële dienstverlener.²⁹ De financiële dienstverlener/afnemer-relatie is de afgelopen jaren in het recht een belangrijk onderwerp van bespreking geweest,³⁰ ingegeven door maatschappelijke omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot rechtspraak en nieuwe wetgeving.

De theorie van Bierstedt kan worden toegepast als onderdeel van de verklaring dat de financiële dienstverlener in de relatie financiële dienstverlener/afnemer een machtige partij is die, vanwege deze bijzondere positie, geacht wordt meer verantwoordelijkheid te dragen. De verklaring is opgesteld volgens het model dat *Ultee*, *Arts* en *Flap* in hun inleiding in de sociologie presenteren.³¹ Dat model bestaat uit ten minste drie onderdelen: de verklaring (*explanandum* (E)), de beginselen waaruit de verklaring wordt afgeleid (*explanans* of wetmatigheid (W)) en de bijkomende veronderstellingen (C).³²

W	Macht komt voort uit drie bronnen: aantallen personen, sociale organisatie en hulpbronnen.
C	Financiële dienstverleners zijn, anders dan hun cliënten (zijnde natuurlijk personen, die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf), in grotere groepen sociaal (en juridisch) georganiseerd en bezitten geld en kennis.
E	Financiële dienstverleners zijn machtig ten opzichte van hun cliënten.

Maar zoals *Ultee*, *Arts* en *Flap* uiteenzetten, zijn sociologische theorieën en verklaringen verzinsels en dus ‘moeten ze met de sociale werkelijkheid worden geconfronteerd’.³³ De theorie moet aan de werkelijkheid getoetst. Die toets gaat echter het doel van deze verkennde bijdrage te buiten en is voor deze bijdrage aldus niet uitgevoerd.

29 Zie bijvoorbeeld: HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (*MeesPierson/Ten Bos*; bijzondere zorgplicht in (primair) contractuele rechtsverhouding); HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 (*Fortis Bank/Stichting Volendam*; bijzondere zorgplicht in buitencontractuele verhouding).

30 Zie paragraaf 3.

31 *Ultee*, *Arts* & *Flap* 2009, p. 30–32.

32 *Ultee*, *Arts* & *Flap* 2009, p. 30–32.

33 *Ultee*, *Arts* & *Flap* 2009, p. 32.

3 WAAROM EEN AFWIJKENDE STANDAARD IN HET RECHT VOOR STERKE PARTIJEN? OVER MACHT, VERANTWOORDELIJKHEID EN AANSPRAKELIJKHEID

3.1 *Macht, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*

In de vorige paragraaf is betoogd dat een meer objectieve benadering voor de vaststelling van ongelijkheid in maatschappelijke verhoudingen kan worden gevonden in de sociologische theorie van Bierstedt. De vraag die volgt op de constatering dat in een specifieke verhouding sprake is van macht, is of, en zo ja, waarom, het recht daaraan bijzondere gevolgen dient te koppelen. Meer concreet: dienen de (algemene) standaarden in het recht te worden aangepast aan de bijzondere situatie die inhoudt dat de sociale verhouding waarop het recht betrekking heeft, ongelijkwaardig is? Mag een sterke private partij verantwoordelijk worden gemaakt voor het behartigen van de belangen van zwakke private partijen? Als die vraag bevestigend wordt beantwoord, dient een bijzondere verantwoordelijkheid voor de sterke partij in het recht tot uitdrukking te komen; een verantwoordelijkheid die kan worden teruggevoerd op de macht van de sterke partij in de onderlinge verhouding.

In deze paragraaf staat de vraag centraal *waarom* het recht een afwijkende standaard voor sterke partijen zou moeten inhouden. Argumenten die pleiten voor of tegen deze stelling worden hier afgeleid uit de recente en uitgebreide discussie over de afwijkende standaard voor de financiële dienstverlener in effectentransactiezaken. Deze studie dient daarom, als gezegd, als een verkenning te worden beschouwd. Een breder opgezet onderzoek naar argumenten voor een bijzondere juridische verantwoordelijkheid voor de machtige partij kan in een meer compleet beeld voorzien.

De hiervoor al genoemde verhouding tussen de financiële dienstverlener en diens cliënt staat al geruime tijd in de belangstelling en is veel beschreven.³⁴ Dat is reden om de argumenten voor een afwijkende standaard in die recente en uitgebreide discussie te zoeken.³⁵ Meer in het bijzonder wordt de aandacht gericht op de discussie naar aanleiding van de effectenleasezaken.³⁶ Aanleiding voor die discussie zijn uitspraken van de Hoge Raad die

34 Hartlief 2003-II, p. 933; Van Baalen 2006; Cherednychenko 2007; Nieuwenhuis 2009; K.J.O. Jansen 2010, p. 623–633.

35 Zie onder meer: Van Boom 2003; Hartlief 2003-II, p. 933.

36 Die hebben – onder meer – geleid tot de volgende arresten, waarin werd gesproken over de verantwoordelijkheidsverdeling in het kader van de vast te stellen zorgplicht: HR 24 januari 1997, NJ 1997, 260 (*D/Internationale Nederlanden Bank*); HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (*Rabobank/Everaards*); HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (*MeesPierson/Ten Bos*); HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (*Van de Klundert/Rabobank*); HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (*Van Zuylen/Rabobank*); HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 (*Safe Haven*); HR 23 maart 2007, NJ 2007, 333 (*ABN AMRO Bank/Van Velzen*); HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*); HR 29 april 2011, NJ 2013, 40 (*VdH/Dexia*); HR 6 september 2013, RvdW 2013, 1035 (*X c.s./NBG Finance B.V.*); HR 20 september 2013, NJ 2013, 449 (*X/Varde Investments (Ireland) Limited*). De opsomming is gedeeltelijk ontleend aan de conclusie van P-G De Vries Lentsch-Kostense voor *De Treek/Dexia*, onder 3.3.

hij wees nadat sterke koersdalingen op de effectenmarkten ervoor hadden gezorgd dat afnemers van effectenleaseproducten werden teleurgesteld in de verwachtingen die zij hadden over hun vermogensgroei. Sterker: de afnemers van de financiële producten stelden dat, hadden zij de risico's tevoren ingezien, zij de financiële producten nooit hadden afgenomen.³⁷ Met verschillende claims probeerden zij verliezen af te wentelen of te beperken. De Hoge Raad legde in deze zaken, naar de mening van verschillende auteurs, een (te) verstrekkende verantwoordelijkheid bij de financiële dienstverlener door te beslissen dat onder omstandigheden van de dienstverlener mag worden verwacht dat die afziet van het verlenen van bepaalde diensten.

Wat de door de cliënten afgenomen producten betreft, kan grofweg onderscheid worden gemaakt tussen aflossingsproducten en restschuldproducten. Beide producten hebben gemeen dat met geleend geld effecten worden gekocht. Het geleende geld moet worden terugbetaald met daarover te betalen rente. Het idee is dat de effecten aan het einde van de looptijd van de effectenleaseovereenkomst een waarde belopen die zo hoog is dat het de afnemers nettowinst oplevert. De waarde van effecten fluctueert echter, wat betekent dat het mogelijk is dat afnemers aan het eind van de rit met een negatief saldo worden geconfronteerd. Dat negatieve saldo wordt wel de restschuld genoemd.³⁸ In de effectenleasezaken claimen afnemers van de producten (de afnemers) veelal vergoeding van geleden schade die volgens hun bestaat uit het geleende geld, de rente en de restschuld als gevolg van de koersdalingen.

Voor ik in paragraaf 3.3 toekom aan de opsomming van de argumenten voor een bijzondere verantwoordelijkheidsverdeling, wordt de verantwoordelijkheidsverdeling geschetst zoals die blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Daarbij komen ook alternatieven aan de orde die in de lagere rechtspraak, literatuur en door de wetgever zijn voorgesteld.³⁹

37 Zoals bijvoorbeeld blijkt uit *Tieken cs/Dexia*, één van de door de Rechtbank Amsterdam gewezen categorie-modelvonnissen, waarin eisers standpunt als volgt wordt omschreven: 'Indien hij zou zijn gewaarschuwd voor de risico's van het beleggen met geleend geld, zou hij de lease-overeenkomst niet zijn aangegaan.' Zie: Rb. Amsterdam 27 april 2007, JOR 2007, 151, onder 3.1 (*Tieken cs/Dexia*).

38 Zie voor een meer uitgebreide uitleg van de effectenleaseproducten de inzichtelijke conclusie bij *De Treck/Dexia* van P-G De Vries Lentsch-Kostense, i.h.b. onder 2. Zie ook: Autoriteit Financiële Markten, *Aandelenlease: niet bij rendement alleen*, Amsterdam: 2002; Commissie Geschillen Aandelenlease, *Over lenen, leasen en verliezen. Eindrapport van de geschillencommissie aandelenlease*, Den Haag: 2004.

39 Wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2014, *Kamerstukken II* 2012/13–2013/14, 33632, 1–18; *Kamerstukken I* 2013/14, 33632, A-D.

3.2 *Juridische verantwoordelijkheidsverdeling in de financiële dienstverleningsrelatie*

3.2.1 *De verantwoordelijkheidsverdeling volgens de Hoge Raad*

De Hoge Raad heeft in zijn rechtspraak de afgelopen jaren via de figuren van de zorgplicht en de eigen schuld vorm gegeven aan de verantwoordelijkheidsverdeling bij het afnemen van effectenleaseproducten in de verhouding financiële dienstverlener/afnemer. Daarbij komt bijzondere betekenis toe aan het oordeel van de Hoge Raad in *De Treek/Dexia*, welke zaak bij wijze van proefproces aan de Hoge Raad was voorgelegd.⁴⁰ In die zaak heeft de Hoge Raad voorzien in een leidraad voor de afhandeling van claims die voortkomen uit conflicten in effectenleasezaken. De Hoge Raad heeft in deze zaak niet alleen de klachten in de specifieke zaak behandeld, maar heeft die klachten aangegrepen voor meer algemene overwegingen in de in het arrest opgenomen algemene beschouwingen over de zorgplicht en schadevergoeding.⁴¹

De verantwoordelijkheid van de financiële dienstverlener vloeit volgens de Hoge Raad voort uit de redelijkheid en billijkheid, op grond waarvan geldt dat op de financiële dienstverlener een bijzondere zorgplicht rust.⁴² Ten aanzien van de reikwijdte van de zorgplicht onderschrijft de Hoge Raad in *De Treek/Dexia* het oordeel van het hof dat die afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Daaronder zijn begrepen:

‘[...] de mate van deskundigheid en relevante ervaringen van de betrokken wederpartij, de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan verbonden risico’s.’⁴³

Bij het aangaan van een effectenleaseovereenkomst vloeien uit de bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener ten minste twee verplichtingen voort: een waarschuwingsplicht voor een restschuldrisico, en een onderzoeks- en adviesplicht. Wat de eerste verplichting betreft, onderschrijft de Hoge Raad in *De Treek/Dexia* het oordeel van het hof, namelijk:

‘[...] dat op Dexia als bijzonder deskundig te achten financiële dienstverlener de verplichting rustte ten aanzien van het onderhavige, risicovolle en complexe aflossingsproduct dat aan een breed publiek is aangeboden, zich adequaat de

40 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*). Vgl. meer recent: HR 6 september 2013, NJ 2014, 176 (*Eisers/NBG Finance*). En ook: Keirse & Van Onna 2014 (te verschijnen).

41 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 5 (*De Treek/Dexia*).

42 Dit oordeel van de Hoge Raad kan volgens mij beter, want meer specifiek, worden gerechtvaardigd door de koppeling aan de theorie van Bierstedt. Zie paragrafen 2.1 en 5.

43 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 4.8.4 (*De Treek/Dexia*).

belangen van De Treek aan te trekken door indringend te waarschuwen voor het aan dit product verbonden specifieke risico van een restschuld dat bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst kan optreden.⁴⁴

Uit de overweging van de Hoge Raad waarin hij het oordeel van het hof onderschrijft, blijkt dat hij deze rechtsopvatting plaatst in het licht van de maatschappelijke functie van een effecteninstelling en de deskundigheid van zo een instelling.⁴⁵ In zijn algemene beschouwing voegt de Hoge Raad aan deze overweging toe dat het bestaan van de waarschuwingsplicht niet afhankelijk is van de bijzondere omstandigheden van de individuele particuliere afnemer.⁴⁶

Uit de bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener bij het aangaan van een effectenleaseovereenkomst vloeit ook een onderzoeks- en adviesplicht voort. De Hoge Raad onderschrijft opnieuw het oordeel van het hof:

‘Bij zijn oordeel dat de op Dexia rustende bijzondere zorgplicht meebrengt dat zij onderzoek had moeten doen naar de inkomens- en vermogenspositie van De Treek teneinde zich ervan rekenschap te geven of De Treek over voldoende bestedingsruimte beschikte om naar redelijke verwachting aan zijn betalingsverplichtingen uit de overeenkomst te voldoen, heeft het hof in aanmerking genomen dat het bij de KoersExtra-overeenkomst gaat om een complex aflossingsproduct, waarbij het risico bestaat van een restschuld bij tussentijdse beëindiging en waaruit langlopende financiële verplichtingen voortvloeien. Het hof heeft zijn oordeel voorts erop gebaseerd dat Dexia, als bij uitstek deskundig te achten dienstverlener, zich de belangen van de particuliere afnemer ook in die zin behoort aan te trekken dat zij de in redelijkheid van haar te vergen maatregelen dient te treffen om de wederpartij te beschermen tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht. Onder omstandigheden kan dit meebrengen dat zij de afnemer dient te adviseren van de overeenkomst af te zien.’⁴⁷

Een verdergaande verplichting dan het – onder omstandigheden – moeten adviseren van de overeenkomst af te zien, mag *Dexia* niet worden opgelegd. De verplichting van de financiële dienstverlener strekt in de context van de effectenleaseproducten niet zo ver dat hij zou moeten weigeren een overeenkomst aan te gaan als hij al zou hebben verzuimd de afnemer te waarschuwen. Zo een verplichting zou indruisen tegen het principe van con-

44 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 4.10.3 (*De Treek/Dexia*).

45 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 4.10.3 (*De Treek/Dexia*).

46 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 5.2.1 (*De Treek/Dexia*).

47 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 4.11.4 (*De Treek/Dexia*).

tractsvrijheid dat onder meer waarborgt dat partijen uiteindelijk zelf beslissen aan wie en waartoe zij zich verbinden.⁴⁸ Dit geldt overigens ook voor de waarschuwingsplicht. De Hoge Raad overweegt in de algemene beschouwing ten aanzien van de waarschuwingsplicht en de verplichting inlichtingen in te winnen:

‘Deze zorgplichten gaan – behoudens bijzondere omstandigheden – niet zo ver dat op de aanbieder de verplichting rust te weigeren de overeenkomst aan te gaan.’⁴⁹

De waarschuwingsverplichting bestaat overigens onafhankelijk van de onderzoeks- en adviesplicht. Die verplichting heeft bij uitstek zelfstandige betekenis in de situatie waarin de afnemer van een effectenleaseproduct in staat is gebleken de financiële lasten van het product te dragen. In zo’n situatie kan het immers goed zijn dat de afnemer toch van het effectenleaseproduct zou afzien als hij voor de daaraan verbonden financiële risico’s zou zijn gewaarschuwd.⁵⁰

In de juist beschreven bijzondere zorgplicht ligt dus de juridische verantwoordelijkheid voor de financiële dienstverlener besloten. Die verantwoordelijkheid blijkt hieruit te bestaan dat van de dienstverlener wordt verwacht dat hij de geïnteresseerde afnemer indringend waarschuwt voor het specifieke risico van de restschuld dat aan de effectenleaseovereenkomst is verbonden. Van de dienstverlener wordt bovendien verwacht dat hij inlichtingen inwint over de financiële situatie van de geïnteresseerde en onder omstandigheden adviseert om van het aangaan van de effectenleaseovereenkomst af te zien.

De eigen verantwoordelijkheid van de afnemer in effectenleasezaken komt vervolgens tot uitdrukking in de overwegingen van de Hoge Raad ten aanzien van de eigen schuld van de afnemer van een effectenleaseproduct aan het ontstaan van de schade.⁵¹ De Hoge Raad neemt als uitgangspunt aan:

‘[...] dat uit de effectenlease-overeenkomst voldoende duidelijk kenbaar was dat werd belegd met geleend geld, dat de overeenkomst voorzag in een geldle-

48 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 4.12.2 (*De Treek/Dexia*). Dat neemt niet weg dat de Hoge Raad in *Van Zuylen/Rabobank* in de context van optiehandel, waar margeverplichtingen gelden, overwoog: ‘Indien een bank nalaat opdrachten tot het verkopen (schrijven) van putopties, afkomstig van cliënten die niet aan de gebruikelijke margeverplichting voldoen, te weigeren, dan zijn, ook als het gaat om opdrachten van eigenge-reide en moeilijk te overtuigen cliënten, waarschuwingen als hiervoor bedoeld niet toereikend om iedere aansprakelijkheid van de bank voor schade die de cliënt lijdt ten gevolge van het niet steeds aanhouden van de gebruikelijke margeverplichting af te wenden.’ Zie: HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103, r.o. 3.6.4 (*Van Zuylen/Rabobank*).

49 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 5.2.1 (*De Treek/Dexia*).

50 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 5.2.2 (*De Treek/Dexia*).

51 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, onderdeel G (*De Treek/Dexia*).

ning, dat over die lening rente moest worden betaald en dat het geleende bedrag moest worden terugbetaald, ongeacht de waarde van de effecten op het tijdstip van verkoop daarvan.⁵²

Daarop volgt dat de afnemer volgens de Hoge Raad ervoor verantwoordelijk is dat hij *redelijke inspanningen* pleegt om de effectenleaseovereenkomst te begrijpen.⁵³

De verantwoordelijkheden van beide partijen in de verhouding financiële dienstverlener/afnemer komen dus tot uitdrukking in de figuren van de zorgplichten in de precontractuele fase en de eigen schuld. Voor de vaststelling van de omvang van de door de financiële dienstverlener te vergoeden schade, is het noodzakelijk te weten hoe deze verantwoordelijkheden zich tot elkaar verhouden. De Hoge Raad heeft daarom aan beide verantwoordelijkheden gewicht toegekend. De weging door de Hoge Raad levert op dat:

‘[...] fouten van de afnemer die uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeien in beginsel minder zwaar wegen dan fouten aan de zijde van de aanbieder waardoor deze in de zorgplicht is tekortgeschoten.’⁵⁴

Dat doet er niet aan af dat steeds een deel van de restschuld, aldus de Hoge Raad, voor rekening van de afnemer kan worden gelaten.⁵⁵

3.2.2 De verantwoordelijkheidsverdeling in lagere rechtspraak

In de lagere rechtspraak is de hiervoor besproken verantwoordelijkheidsverdeling in de financiële dienstverlener/afnemer-relatie ook uitgebreid aan de orde geweest. Een tweetal alternatieve verdelingen wordt hier kort besproken. De keuze voor de verdelingen is ontleend aan de conclusie van P-G *De Vries Lentsch-Kostense* voor *De Treek/Dexia*.⁵⁶ De hier te bespreken verdelingen in de lagere rechtspraak zijn dus vastgesteld vóór de Hoge Raad *De Treek/Dexia* wees.

Een eerste verdeling in de lagere rechtspraak is die van de Rechtbank Amsterdam in de zogenaamde categoriemodelvonnissen.⁵⁷ In deze vonnissen heeft de Rechtbank Amsterdam, met het oog op het grote aantal effectenleasezaken dat bij de rechtbank aanhangig was, ‘de

52 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 5.6.2 (*De Treek/Dexia*).

53 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 5.6.2 (*De Treek/Dexia*).

54 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 5.6.2 (*De Treek/Dexia*). Zie: HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192, r.o. 3.3 (*Rabobank/Everaards*).

55 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182, r.o. 5.6.3 (*De Treek/Dexia*).

56 HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 (*De Treek/Dexia*).

57 Rb. Amsterdam 27 april 2007, JOR 2007, 151 (*Tieken cs/Dexia*); Rb. Amsterdam 27 april 2007, JOR 2007, 152 (*Kapetanovic cs/Dexia*); Rb. Amsterdam 27 april 2007, JOR 2007, 153 (*Koremans cs/Dexia*).

algemene, huidige inzichten van de rechtbank' weergegeven.⁵⁸ De rechtsoverwegingen van de rechtbank hadden ook betrekking op rechtsvragen die niet in de zaak door partijen waren opgeworpen. De rechtbank oordeelde dat op de financiële dienstverlener niet alleen de verantwoordelijkheid rustte om de afnemer te waarschuwen voor het risico van de restschuld.⁵⁹ De waarschuwingsverplichting strekte zich volgens de Rechtbank Amsterdam uit over het geheel aan investeringen en het risico op een te verwachten restschuld. De rechtbank overweegt dat Dexia had moeten beseffen dat de stand van kennis van haar wederpartij een andere was dan die van haarzelf. Dat maakt dat Dexia de verantwoordelijkheid had de afnemers voldoende voor te lichten:

'Reeds daarom [i.e. omdat Dexia voor juiste informatieverstrekking deels afhankelijk was van tussenpersonen, JE] diende Dexia het door haarzelf verspreide voorlichtingsmateriaal – brochures, formulieren voor het aanvragen c.q. aangaan van de overeenkomsten, (concept)overeenkomsten en bijbehorende (algemene) voorwaarden – zodanig in te richten dat degene die overwoog de onderhavige overeenkomst aan te gaan daarin nadrukkelijk de hiervoor bedoelde waarschuwing aantrof, *in bewoordingen die voor de betreffende ondeskundige afnemer duidelijk zijn.*

[...]

Die voorlichting diende in elk geval te waarschuwen voor de niet te verwaarlozen kans dat, afhankelijk van de ontwikkelingen op de effectenmarkten, de investering – het totaal van de contractueel voorziene termijnbetalingen – verloren zou gaan en dat in een voorkomend geval bovendien een schuld aan Dexia kon resteren. [cursivering, JE]⁶⁰

Deze verantwoordelijkheidsverdeling werkt door in de omvang van de aansprakelijkheid en de schadevergoeding. De aansprakelijkheid is hier dus niet beperkt tot (een deel van) de restschuld, maar beloopt het 'totaalbedrag van alle volgens de overeenkomst verschuldigde maandelijkse termijnen gedurende de looptijd van de leaseovereenkomst, althans tot het moment dat de overeenkomst met betrekking tot de renteverplichtingen boetevrij beëindigd kon worden, te vermeerderen met het nog niet afgeloste deel van de hoofdsom van de geldlening en te verminderen met de opbrengst van de geleasede effecten en met de aan de afnemer uitgekeerde dividenden.'⁶¹

58 Rb. Amsterdam 27 april 2007, JOR 2007, 151, r.o. 7.18 (*Tieken cs/Dexia*).

59 Rb. Amsterdam 27 april 2007, JOR 2007, 151, r.o. 8.9.3 (*Tieken cs/Dexia*).

60 Rb. Amsterdam 27 april 2007, JOR 2007, 151, r.o. 8.9.3 (*Tieken cs/Dexia*).

61 Rb. Amsterdam 27 april 2007, JOR 2007, 151, r.o. 9.2 (*Tieken cs/Dexia*).

Een tweede verdeling in de lagere rechtspraak blijkt uit het arrest van het Hof Amsterdam in de *Dexia-beschikking*-zaak. In 2005 is onder bemiddeling van *Duisenberg* een akkoord gesloten tussen belangenorganisaties van afnemers van effectenleaseproducten en financiële dienstverlener Dexia. Het akkoord is uitgewerkt tot een overeenkomst in de zin van de *Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade* (hierna: WCAM), die vervolgens aan het Hof Amsterdam is voorgelegd met het verzoek de WCAM-overeenkomst verbindend te verklaren voor de in de overeenkomst genoemde personen, tenzij die personen tijdig uitstappen. Het verzoek heeft geresulteerd in de zogenaamde *Dexia-beschikking* waarin het Hof Amsterdam het verzoek heeft toegewezen.⁶² In zijn overwegingen komt ook de verantwoordelijkheidsverdeling aan de orde. Het hof overweegt, zoals ook de Hoge Raad later in *De Treek/Dexia*, dat Dexia had moeten waarschuwen voor de risico's die zijn verbonden aan het aangaan van effectenleaseovereenkomsten en stelt dat algemeen geformuleerde waarschuwingen niet volstaan:

‘Dergelijke algemeen geformuleerde waarschuwingen bieden particuliere beleggers onvoldoende bescherming tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan inzicht en staan derhalve aan het aannemen van een tekortkoming van Dexia in de nakoming van de hierboven genoemde bijzondere zorgplicht niet in de weg.’⁶³

Deze overweging door het hof, die in lijn is met de overwegingen door de rechtbank en de Hoge Raad, past mijn inziens goed bij de verklaring van machtsongelijkheid als grond voor een bijzondere verantwoordelijkheidsverdeling. Die verantwoordelijkheidsverdeling moet naar mijn mening namelijk zo zijn dat die bijdraagt aan de verkleining van de machtsongelijkheid. Als we aannemen dat toegang tot kennis hier mede debet is aan de machtsongelijkheid, volgt daaruit logisch dat die machtsongelijkheid wordt verkleind als de kennis bij de afnemer toeneemt. De overweging past in die zin in deze lijn dat daadwerkelijk sprake moet zijn van kennistoename en dat die kennelijk niet komt met algemeen geformuleerde waarschuwingen.

Het hof, tot slot, omschrijft de eigen verantwoordelijkheid van de afnemer als volgt:

‘Van personen die met Dexia een overeenkomst tot effectenlease zijn aangegaan, mocht worden verwacht dat zij zich vóór het aangaan van die overeenkomst redelijke inspanningen getroostten teneinde de betekenis van het in de overeenkomst bepaalde, met inbegrip van daartoe behorende voorwaarden, te door-

62 Hof Amsterdam 25 januari 2007, NJ 2007, 427 (*Dexia-beschikking*).

63 Hof Amsterdam 25 januari 2007, NJ 2007, 427, r.o. 6.9 (*Dexia-beschikking*).

gronden en voor hen uit de overeenkomst volgende verplichtingen en risico's te begrijpen.'⁶⁴

3.2.3 *De verantwoordelijkheidsverdeling volgens de wetgever*

De wetgever omschreef de eigen verantwoordelijkheid van de afnemer recent nog in het wetsvoorstel waarin hij de algemene (publiekrechtelijke) zorgplicht in de Wft introduceert, en wel als volgt:

‘De algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners doet geen afbreuk aan de eigen verantwoordelijkheid van consumenten om zich naar vermogen te informeren over en op een prudente wijze om te gaan met het afnemen van financiële producten, alsmede correcte informatie te verstrekken aan de financiële dienstverlener. Daarbij mag ook in redelijkheid worden verwacht dat de consument naar eigen vermogen tracht de door een financiële dienstverlener verstrekte informatie, bijvoorbeeld in de vorm van financiële bijsluiters, tot zich te nemen.’⁶⁵

De Raad van State was in zijn advies overigens kritisch over de te introduceren zorgplicht en stelde dat de financiële dienstverlener er verantwoordelijk voor lijkt te worden dat de afnemer uiteindelijk een goede beslissing neemt. De Raad van State waarschuwt ervoor dat niet kan worden uitgesloten dat de afnemer zich zijn eigen verantwoordelijkheid niet meer voldoende beseft.⁶⁶

3.3 *Argumenten vóór een afwijkende standaard in het recht voor de sterke partij in de financiële dienstverleningsrelatie*

Verskillende argumenten ondersteunen de in paragraaf 3.2 beschreven afwijkende standaard in het recht voor de sterke partij in de verhouding financiële dienstverlener/afnemer. Die afwijkende standaard moet ervoor zorgen dat het recht de ongelijke verhouding die voortkomt uit de macht die de sterke partij ten opzichte van de zwakke bezit, corrigeert. Waartoe die correctie moet leiden is een belangrijke vraag die, naar mijn mening, afhankelijk dient te zijn van de bron van macht en van wat op een bepaalde plaats op een bepaald moment van het recht wordt verwacht. In ieder geval zal de correctie eraan moeten bijdragen dat de machtsongelijkheid wordt verkleind. Corrigeren in de zin van nivelleren dus. De correctie komt tot uitdrukking in de hiervoor beschreven verantwoordelijkheidsverde-

⁶⁴ Hof Amsterdam 25 januari 2007, NJ 2007, 427, r.o. 6.10 (*Dexia-beschikking*).

⁶⁵ *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, 3, p. 28 (MvT).

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, 4, p. 4.

ling. Die verantwoordelijkheidsverdeling, het is net al gezegd, moet zo zijn dat die bijdraagt aan de verkleining van de machtsongelijkheid. Empirisch onderzoek zou idealiter moeten uitwijzen op welke wijze de kennisongelijkheid werkelijk wordt verkleind.⁶⁷ In deze paragraaf passeren de argumenten voor een afwijkende standaard de revue. Bij de argumenten valt op dat niet alle argumenten betrekking hebben op de partijverhouding, maar dat ook argumenten worden aangedragen die een correctie van de ongelijkheid ondersteunen vanwege het algemeen belang.

Een eerste argument vóór bijzondere bescherming van de afnemer betreft de *informatiescheefheid* in de relatie financiële dienstverlener/afnemer. Met informatiescheefheid wordt bedoeld dat de afnemer niet over dezelfde informatie beschikt als de financiële dienstverlener. De financiële dienstverlener biedt de afnemer zijn product aan en is zelf bij uitstek op de hoogte van de ins en outs van het product. Sterker: een financieel adviseur ontleent zijn bestaan aan de informatiescheefheid. Daarbij is het van belang dat de producten waarover hier wordt gesproken, de effectenleaseproducten, zodanig ingewikkeld zijn dat de afnemer die alle beschikbare informatie in zijn bezit heeft daarmee nog niet altijd een geïnformeerde beslissing kan nemen. De informatiescheefheid belet de afnemer dus om voldoende geïnformeerd een beslissing te nemen. De kans bestaat dat deze afnemer lichtvaardig en door gebrek aan inzicht zou beslissen een effectenleaseproduct af te nemen, terwijl hij dat niet zou doen als hij voldoende geïnformeerd zou zijn. Tegen die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht dient de afnemer te worden beschermd.⁶⁸

Gezien de financiële risico's die aan het product kleven, is het te meer van belang dat de afnemer geïnformeerd een beslissing neemt. Zoals *Van Dijk* en *Van der Woude* stellen, verlenen dienstverleners diensten die *vergaand ingrijpen in de vermogenspositie* van hun wederpartij. Dat is desastreus als het vermogen essentieel is voor de bestaanszekerheid of de pensioenopbouw.⁶⁹ De onvoldoende geïnformeerdeheid en lichtvaardigheid bij de afnemer bedreigen de markt in zijn geheel in die zin, aldus de wetgever, dat die niet optimaal functioneert als de afnemer niet voldoende in staat is de financiële dienstverlener te corrigeren.⁷⁰ En dat brengt ons bij het derde argument.

Aan de keuze voor een bijzondere normstelling ligt ook een argument uit metaperspectief ten grondslag. Zoals gezegd wordt verondersteld dat een markt niet goed functioneert als partijen niet voldoende in staat zijn om elkaar te corrigeren. Een afnemer die niet voldoende kennis heeft van ingewikkelde financiële producten, kan geen invloed doen gelden, doch slechts het product al of niet afnemen. De afnemer die zonder voldoende kennis van de risico's een product afneemt, kan worden teleurgesteld in zijn verwachtingen als de risico's zich verwezenlijken. Gezien de omvang van de risico's wordt in de hier besproken

67 Zie bijvoorbeeld de interessante (deel)studie van Pape: Pape. 2011.

68 Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 86.

69 Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 91. In gelijke zin: Hartlief 2003-II, p. 932.

70 *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, 3, p. 26 (MvT).

verhouding gevreesd voor het afnemen van vertrouwen in de financiële markten. Het tweede argument van het *vertrouwen in de financiële markten* ontstijgt dus de belangen binnen de individuele rechtsverhouding tussen twee private partijen.

Het vorige argument impliceert al dat niet alleen het vertrouwen in de financiële dienstverlener bij wie de afnemer de risico's zich ziet verwezenlijken, maar dat ook *concurrent-financiële dienstverleners* (reputatie)schade oplopen door het handelen van de financiële dienstverlener die onvoldoende ingelichte afnemers zijn producten laat afnemen. Het is dus niet alleen de afnemer die wordt beschermd tegen schade door onbekende risico's, maar evengoed worden beschermd de concurrent-financiële dienstverleners en, nog breder, de maatschappij die belang heeft bij vertrouwen in instellingen die een spilfunctie in de economie vervullen.

Een vijfde argument voor een afwijkende standaard slaat terug op *de bijzondere functie die financiële instellingen in het maatschappelijk verkeer vervullen*. De bijzondere functie wordt door de wetgever noch door de rechter verder toegelicht. Ik meen dat die het beste kan worden begrepen als de spilfunctie die de financiële dienstverlener heeft in de economie. Dit argument gaat dus terug op de aard van de taak die de sterke partij vervult. Het vervullen van die taak dient niet alleen het belang van de besturen, medewerkers en aandeelhouders van de financiële dienstverlener, maar dient ook het algemeen belang.

Tot slot kan nog worden genoemd het argument dat de verantwoordelijkheidsverdeling *een prikkel tot beter gedrag* voortbrengt. Zo'n prikkel, stelt *Van Boom*, werkt beter als die partij aansprakelijk wordt gehouden waarbij sprake is van een structurele fout in de organisatie die tot een niet te verwaarlozen schadelast kan leiden. Terwijl de particulier die incidenteel met een schade wordt geconfronteerd mogelijk niet tot meer voorzichtigheid leidt onder particulieren in gelijke situaties, schrijft *Van Boom* dat de organisaties die aansprakelijk worden gehouden vanwege een structurele fout zeker 'ervoor zullen zorgen dat particulieren niet aanrømmelen.'⁷¹

De correctie van de machtsongelijkheid in de onderlinge verhouding is een reactie die wordt ondersteund door die argumenten. De correctie via waarschuwingsplichten et cetera, moet er immers toe leiden dat de afnemer beter geïnformeerd een beslissing neemt. Als de afnemer daartoe in staat is, wordt voorkomen dat die wordt verrast door het intreden van risico's waarmee hij onbekend was. Dit vermindert het risico dat het vertrouwen in financiële markten als gevolg van situaties als die van de effectenleasezaken afneemt. En daarmee komt de reputatie van concurrent financiële dienstverleners niet in het gedrang en wordt voorkomen dat het maatschappelijk verkeer te lijden heeft onder de gevolgen van machtsongelijkheid.

71 Van Boom 2003, p. 560.

3.4 *Kritiek op de afwijkende standaard in het recht voor financiële dienstverleners*

‘Contracteren berust onmiskenbaar op een égoïsme à deux.’⁷²

J.H. Nieuwenhuis 2009

Het aanvaarden van een bijzondere verantwoordelijkheid voor financiële dienstverleners berust dus op argumenten die niet alleen zien op de bescherming van de zwakke partij, maar ook op de bescherming van het vertrouwen vanuit metaperspectief, in financiële dienstverleners door de maatschappij. Dit uitgangspunt lijkt ook in de literatuur steun te vinden, maar met de concrete verantwoordelijkheidsverdeling is niet iedereen gelukkig. Een aantal kritieken komt hier aan de orde. De critici vrezen dat van de bijzondere verantwoordelijkheidsverdeling een verkeerd signaal uitgaat naar de afnemer. Onder deze critici zijn *Tjittes* en *Hartlief*, die stellen:

‘Omdat juist ook bij algemeen bekende riskante avonturen de eigen verantwoordelijkheid niet doch in plaats daarvan die van de ander wel wordt benadrukt, wordt onzorgvuldig gedrag wellicht bevorderd.’⁷³

Hartlief stelt meer in het bijzonder:

‘Voor al de “generaliserende” rechtspraak waarin “de” professional “de” partijculier op vergaande wijze *tegen zichzelf* moet beschermen terwijl deze zich begeeft op terreinen waar risico’s *onvermijdelijk* zijn, kan mij echter minder bekoren. [...] Ik meen dat hier te veel gevraagd wordt van de wederpartij en dat te weinig geappelleerd wordt aan de eigen verantwoordelijkheid.’⁷⁴

Het gaat de critici dus vooral om de scheve verantwoordelijkheidsverdeling die te weinig een prikkel mee zou brengen voor de toch ook op eigen gewin uit zijnde afnemer die risico’s aanvaardt die hij (kennelijk) niet kent, maar waarvan toch ook mag worden verwacht dat hij moeite doet om die risico’s te leren kennen. Hartlief stelt (reeds in 2003) een andere verantwoordelijkheidsverdeling voor, die nog steeds het zwaartepunt bij de financiële dienstverlener legt, maar ook een aanzienlijke verantwoordelijkheid van de afnemer van de risicovolle producten vraagt:

⁷² Nieuwenhuis 2009, achterzijde.

⁷³ Hartlief & Tjittes 2003, p. 1589.

⁷⁴ Hartlief 2003-II, p. 937.

‘Wat is er mooier dan oordelen dat de fout van de bank tweemaal het gewicht van die van de cliënt heeft? Aldus krijgt de bank een zodanig stevige douw dat zij werk maakt van haar zorgplicht en wordt de cliënt duidelijk gemaakt dat hij zelf ook een serieuze bijdrage aan het ontstaan van de schade heeft geleverd.’⁷⁵

Het is overigens deze verdeling (1/3 / 2/3) die tegenwoordig wel een standaardverdeling is.⁷⁶ Ook Van Dijk en Van der Woude – meer recent – plaatsen vraagtekens bij de verantwoordelijkheidsverdeling door de Hoge Raad:

‘Toch kan men erover twijfelen of niet een andere uitkomst mogelijk en wenselijk was geweest. Bij vernietiging van de overeenkomsten moet immers in beginsel de gehele inleg worden terugbetaald en de restschuld worden kwijtgescholden terwijl men toch het voordeel van de kans heeft genoten dat de beleggingen wel hadden gerendeerd. Want wisten de wederhelften van hen die een effectenleaseproduct aanschaffen werkelijk niet van aanschaf van deze producten en bewilligden zij daar werkelijk niet in?’⁷⁷

Net als *Jansen* die stelt:

‘De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument wordt in theorie erkend, maar in de praktijk vergaand overschaduwd door de bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverleners.’⁷⁸

Jansen neemt deze stelling in na een vergelijking tussen de bijzondere zorgplicht en de civielrechtelijke gevaarzettingendoctrine.⁷⁹ Volgens deze doctrine is er sprake van onrechtmatige gevaarzetting als de benadeler meer risico heeft genomen dat redelijkerwijs verantwoord was.⁸⁰ De beoordeling van een situatie als gevaarzetting, gebeurt in het licht van de specifieke omstandigheden die de te beoordelen situatie kenmerken. Als de bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener inderdaad als financiële gevaarzetting dient te worden beschouwd, past de benadering van de Hoge Raad slecht in deze doctrine waar

⁷⁵ Hartlief 2003-II, p. 936.

⁷⁶ Hof Amsterdam 1 december 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4978; ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4981; ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4982; ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4983. Zie: HR 24 april 2011, NJ 2013, 40. Vgl. HR 6 september 2013, NJ 2014, 176 (*Eisers/NBG Finance*).

⁷⁷ Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 92.

⁷⁸ K.J.O. Jansen 2010, p. 633.

⁷⁹ K.J.O. Jansen 2010, p. 632.

⁸⁰ K.J.O. Jansen 2010, p. 632. Zie: HR 11 december 1987, NJ 1988, 393, r.o. 3.2 (*Bushalte*).

hij de zorgplicht van de financiële dienstverlener juist op ‘categorische wijze’ toepast.⁸¹ Jansens kritiek luidt aldus dat de ‘absolute zorgplicht’ vanuit civielrechtelijk perspectief problematisch is.⁸²

4 HOE KRIJGT DE BIJZONDERE VERANTWOORDELIJKHEID VORM IN HET RECHT? VERSCHUIVENDE MACHTEN, VERSCHUIVENDE NORMEN?

4.1 *De rol van de aard van de sterke partij: materieel en formeel recht*

De aard van de sterke partij is onder verschillende omstandigheden op uiteenlopende wijzen van invloed in de context van het aansprakelijkheidsrecht. Daarbij kan eerst grof onderscheid worden gemaakt naar de invloed op de regels van procesrecht in het kader van een aansprakelijkheidsstelling enerzijds, en de regels van het materiële recht anderzijds. In het procesrecht geldt dat de aard van de sterke partij bijvoorbeeld van invloed kan zijn ingeval de gelaedeerde met bewijsproblemen kampt. In zo’n geval kan bijvoorbeeld de omkeringsregel uitkomst bieden, gerechtvaardigd door het feit dat de aangesprokene een sterke partij is. Illustratief in deze context is de uitspraak van de Hoge Raad in *Dicky Trading II*, waarin de Hoge Raad besliste dat door hem eerder aangenomen omkeringsregel ook van toepassing is in een financiële transactiezaak.⁸³

In deze bijdrage ligt de nadruk op de rol van de aard van de sterke partij in het materiële recht. In de vorige paragraaf is steeds het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht besproken, en in het bijzonder de figuren van de zorgvuldigheidsnorm en de eigen schuld. Deze regelingen illustreren hoe de koppeling van de aard van de sterke partij aan de normering in het aansprakelijkheidsrecht vorm krijgt en kan krijgen. De toepassing van deze figuren ligt ook voor de hand als het gedrag van particuliere partijen in rechte moet worden beoordeeld met de bedoeling schade van de benadeelde naar de benadeler over te hevelen. Naast deze figuren uit het aansprakelijkheidsrecht komen bij de vorming van het kader voor de normering van het handelen van machtige particuliere partijen echter ook andere regelingen in beeld die meer zelfstandig voorspellend zouden kunnen werken. Het zijn regelingen die hun oorsprong hebben in en juist bestaan ter normering van de sterke partij. Die regelingen worden hier bij wijze van verkenning kort genoemd en toegelicht. Het gaat om de grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor de grond-

81 K.J.O. Jansen 2010, p. 632.

82 K.J.O. Jansen 2010, p. 632.

83 HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, r.o. 3.5.1 (*Dicky Trading II*). Zie hierover en over drie alternatieve procesuele wijzen van omgaan met de bewijsnood bij de benadeelde recent: Giesen & Maes 2014.

rechten is een en ander al langer gemeengoed, maar voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt dat veel minder.⁸⁴

4.2 *Normering van overheidshandelen: grondrechten en algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

4.2.1 *Grondrechten*

‘De leer die de betekenis van de grondrechten vooral in hun bijzondere functie tegenover de staat zoekt, bevindt zich op een dwaalspoor. Grondrechten hebben hun laatste en meest essentiële betekenis altijd weer gevonden in de bescherming, die zij boden tegen macht en de bezitters van macht.’⁸⁵

M.B.W. Biesheuvel 1981

Grondrechten zijn rechten waarvan vaak wordt aangenomen dat ze hun oorsprong hebben in het publiekrecht, wat door sommigen zo wordt vertaald dat de grondrechten dus ook uitsluitend daar kunnen en moeten werken. Ten onrechte, lijkt tegenwoordig de teneur.⁸⁶ Alhoewel niet algemeen is aanvaard dat de grondrechten als zodanig verplichtingen scheppen of verbintenissen doen ontstaan of tenietgaan in particuliere verhoudingen,⁸⁷ wordt breed aangenomen dat de grondrechten via de open normen uit het privaatrecht van invloed zijn op de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Maar wat hebben ze daar te bieden?

Wat opzet van de grondrechtenbepaling betreft, valt op dat in het recht een specifiek rechtsgoed centraal staat (bijv. ‘leven’ of ‘eigendom’) en dat de drager van zo een rechtsgoed in beginsel tegen alle inbreuken op de rechten op die rechtsgoederen wordt beschermd. In beginsel, want aan de meeste rechten is een ontsnappingsclausule toegevoegd die een inbreuk op de rechten onder de in die clausule genoemde omstandigheden kan rechtvaardigen. Deze grondrechtenconstructie laat zien dat het zwaartepunt ligt bij de bescherming van de drager van de rechten, in het bijzonder van zijn in de rechten genoemde rechtsgoederen. De normadressaat, aan de andere kant, ziet zich in die zin in zijn bewegingsvrijheid beperkt dat hij alles mag doen en laten (voor de overheid geldt vanzelfsprekend dat die dat kan voor zover hij zijn bevoegdheden aan de wet kan ontleen), als hij maar geen inbreuk op de rechten maakt. *Van Gerven* en *Lierman* spreken van een ‘rechtsplicht’ en ‘rechtsgebondenheid’. Die rechtsplicht en rechtsgebondenheid worden door tegenstanders

⁸⁴ Recent ook geconstateerd door Jurgens: Jurgens 2014, p. 2.

⁸⁵ Biesheuvel 1981, p. 147–169.

⁸⁶ Zie onder meer: Meuwissen 1968; Biesheuvel 1981; Nieuwenhuis 2000; Lindenberg 2010.

⁸⁷ Asser/Hartkamp 3-I* 2011/226 e.v.

van de horizontale werking van grondrechten als belangrijk bezwaar daartegen beschouwd, aangezien autonomie als fundamenteel beginsel aan het privaatrecht ten grondslag ligt. En voor zover de rechtmatigheid van een inperking van die autonomie moet worden gereguleerd, gebeurt dat al via de privaatrechtelijke voorschriften.

De kracht van de grondrechten spreekt uit de bescherming van de zwakke partij in zijn meest fundamentele belangen, waaronder zijn leven. De aanwijzing van de rechtsgoederen die op bijzondere bescherming in rechte kunnen rekenen, verschaft bovendien zekerheid bij de partijen die als normadressaat bij de regel worden beschouwd. Het is de vraag of kan worden volstaan met de doorwerking van de grondrechten via de open normen (waaronder de eerder besproken zorgvuldigheidsnorm) of dat er in het privaatrecht grotere betekenis moet worden gehecht aan de bescherming van particulieren in hun meest beschermenswaardige belangen, in het bijzonder waar die tegenover een machtige partij staan.⁸⁸

Zo heb ik eerder betoogd dat de handhaving van de grondrechten via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht weliswaar kan voorzien en voorziet in bescherming van de particuliere partij tegen gedragingen (doen of laten) van andere particuliere partijen die daarmee inbreuk maken op diens grondrechten, maar dat het meer voor de hand ligt een nieuwe bron van verbintenis in het aansprakelijkheidsrecht te introduceren, náást de onrechtmatige daad. Die gedachte is opgekomen na de vaststelling dat het buitencontractuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (in de zin van art. 6:162 jo. titel 6.1.10 BW) berust op beginselen waarin ‘schade’ als sleutelbegrip voorkomt, terwijl aan de handhaving van grondrechten de beginselen van de ‘menselijke waardigheid’ en ‘fundamentele vrijheid’ ten grondslag liggen. In die laatste beginselen komt het begrip schade niet voor. Dat maakt dat ik meen dat art. 6:162 BW, dat criteria inhoudt ter beantwoording van de vraag of schade dient te worden overgeheveld van benadeelde naar benadeler, minder geschikt is voor de waarborging van de grondrechten.⁸⁹

4.2.2 *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*

‘Het is een misverstand te menen dat de a.b.b.b. slechts gelding hebben in het publiekrecht. Immers ook in het privaatrecht komen wettelijke of feitelijke posities van bovengeschiktheid voor die aan een gelijkaardige rechterlijke controle als in het publiekrecht behoren onderworpen te zijn.’⁹⁰

Walter van Gerven 1983

⁸⁸ Zie hierover: Emaus 2013.

⁸⁹ Zie: Emaus 2013, p. 307 e.v.

⁹⁰ Van Gerven 1983, p. 6. In gelijke zin tijdens het Wiarda-symposium ter gelegenheid van het afscheid van G.J. Wiarda als president van de Hoge Raad der Nederlanden: Polak 1977. Anders tijdens dat symposium is Van der: Van der Hoeven 1977. Zie ook: Van Buuren 1977.

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden in het bestuursrecht als beginselen die het (publiek- en privaatrechtelijk) handelen door het bestuur reguleren en zijn daar in de jaren '50 door de wetgever geïntroduceerd in de *Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie*.⁹¹ De wetgever overwoog, tijdens de behandeling van het voorstel, dat een beginsel van behoorlijk bestuur 'een in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel is'.⁹² Hirsch Ballin licht verder toe:

‘Het zijn geen rechtsbeginselen in de zin van richtinggevende ideeën die aan rechtsnormen en de interpretatie ervan ten grondslag liggen, maar (doorgaans ongeschreven) rechtsnormen die door hun eigenaardige relatie tot andere rechtsnormen een bijzondere plaats in de rechtsorde innemen.’⁹³

De beginselen zijn, zoals de grondrechten, gebaseerd op het idee dat de relatie overheid en burger een ongelijke is.⁹⁴

Wat de opzet van het beginsel betreft, valt op dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, tegengesteld aan de grondrechten, gedragsnormen zijn die het handelen van publieke partijen normeren. Het is niet enig rechtsgoed van een (particuliere) partij dat centraal staat, maar een beginsel, waaraan het handelen van de overheid wordt getoetst. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn geschreven voor toepassing in de publieke sfeer,⁹⁵ maar dat doet er niet aan af dat ze via art. 3:14 BW ook van toepassing zijn als de overheid handelt als, bijvoorbeeld, (privaatrechtelijke) contractspartij.⁹⁶ Voor verschillende beginselen van behoorlijk bestuur kan bovendien worden beredeneerd dat van een machtige private partij, niet zijnde overheid, mag worden verwacht dat die zich daar in zijn doen en laten ook aan conformeert. De (verdere) ontwikkeling van beginselen van behoorlijk behandelen voor het privaatrecht heeft als belangrijk voordeel dat de beoordeling van gedrag van partijen in rechte beter voorspelbaar wordt; de beginselen hebben anders gezegd normerende werking.

Van Gerven heeft in de jaren tachtig zijn gedachten over de beginselen laten gaan en meent dat inderdaad:

91 Nicolai 1990, p. 11. Zie: Wetsontwerpen Administratieve Rechtspraak bedrijfsorganisatie; Tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie, *Kamerstukken II* 1951/52–1953/54, 2493, 1–18; *Kamerstukken I* 1953/54, 2493, 149–177a. Zie ook: *Verslag van de commissie van advies inzake administratieve en tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie ingesteld bij beschikking van de minister van justitie en de staatssecretaris van economische zaken van 9 mei 1949*, Staatsdrukkerij en uitgeverijbedrijf 1951, p. 24.

92 *Handelingen II* 1953/54, 2439, p. 2440.

93 Hirsch Ballin 1982, p. 110.

94 Van Gerven 1983, p. 10; Polak 1977, p. 506–507; Van der Hoeven 1977, p. 507.

95 Zie: Wiarda 1952.

96 Zie: HR 27 maart 1987, NJ 727 (*Amsterdam/IKON*). En na inwerkingtreding van het Nieuw BW onder meer: HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (*Zeeland/Hoondert*); HR 9 april 1999, NJ 2000, 219 (*Gemeente Coevorden c.s./Gasfabriek c.s.*).

‘[...] sommige algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelding hebben in het publiek- en in het privaatrecht, telkens nl. als men te doen heeft met een positie van bovengeschiedheid.’⁹⁷

Van Gerven lift de beginselen tot een niveau dat het publiek- en privaatrecht ontstijgt en aanvaard de beginselen als ‘beginselen van behoorlijk handelen’ die deel uitmaken van ‘de gemeenschappelijke onderbouw van privaatrecht- en publiekrecht.’⁹⁸ In het privaatrecht geldt, zoals in het publiekrecht, dat de rechtmatigheidscontrole een marginale controle zou moeten zijn. Van Gerven en Lierman noemen als voorbeeld van een privaatrechtelijk beginsel van behoorlijk handelen ‘de sociale verantwoordelijkheid van ondernemingen’, die het onderwerp is van een VN-rapport uit 2009,⁹⁹ en die volgens Van Gerven en Lierman geldt als de tot dusver ‘belangrijkste, van wat men beginselen van behoorlijk burgerschap kan noemen.’¹⁰⁰ In dit kader dringen zich ook de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur op die reeds begin jaren ’90 door *Van Leeuwen* in haar dissertatie zijn samengebracht.¹⁰¹

De beginselen van behoorlijk handelen lenen zich er goed voor te worden gekoppeld aan het element ‘toegang tot hulpbronnen’ in de theorie van Bierstedt. Als eenmaal is vastgesteld, op grond van de theorie van Bierstedt, wat een partij in een specifieke verhouding machtig maakt, kan met die informatie worden vastgesteld welke beginselen in de bijzondere verhouding een rol kunnen spelen. Zo kan het transparantiebeginsel het gedrag van een sterke partij normeren als de macht van een private partij voortkomt uit (toegang tot) kennis. De informatieplicht in de financiële dienstverleningsverhouding kan, meen ik, als uitvloeisel van een (privaatrechtelijk) transparantiebeginsel worden beschouwd. Gezien de risico’s die zijn verbonden aan de financiële producten, mag van sterke partij worden verwacht dat die inzicht geeft in de berekeningen die hij loslaat op de persoonlijke situatie van de afnemer.

97 Van Gerven 1983, p. 17.

98 Van Gerven 1983, p. 18.

99 *Promotion of All Human Rights, Civil Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development. Business and human rights: Towards operationalizing the ‘protect, respect and remedy’ framework Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/11/13, 22 April 2009.

100 Van Gerven & Lierman 2010, p. 488.

101 Van Leeuwen 1990. Zij noemt: zorgvuldige belangenafweging/willekeurverbod, wetmatigheid, zuiverheid van oogmerk, zorgvuldige voorbereiding (waaronder: de verplichting om gegevens te verzamelen, de verplichting om informatie te verstrekken, de verplichting om overleg te voeren, geen begin maken met de uitvoering van een besluit voordat de procedure is voltooid), verantwoording, vertrouwensbeginsel, gelijkheid, beheersing van de organisatie, continuïteit van bestuur.

4.3 *Een synthese van drie typen normen ter regulering van de verantwoordelijkheid van de machtige particuliere partij*

De grondrechten en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur functioneren, zo zagen we in de vorige paragraaf, als toetsingskader voor de beoordeling van de rechtmatigheid van handelen door overheidsorganen. Voor de beide typen normen is reeds in het verleden bepleit dat die zich niet alleen lenen voor de normering van overheidshandelen, maar – breder – van toepassing kunnen zijn op handelen of nalaten door sterke partijen die geen overheidsorganen zijn.

Deze bijdrage is, als gezegd, het verslag van een verkennend onderzoek. Die verkenning rond ik hier af met een hypothese die een startpunt beoogt te zijn van verder onderzoek. Die hypothese houdt in dat de drie hiervoor benoemde typen normen – de grondrechten, de beginselen van behoorlijk handelen, en de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm – samen een toetsingskader kunnen vormen voor de beoordeling van de rechtmatigheid van handelen of nalaten door een private partij die machtig is in de zin beschreven in paragraaf 2 en daarom, zoals onderbouwd in paragraaf 3, meer verantwoordelijkheid draagt; die bijzondere verantwoordelijkheid komt juridisch tot uitdrukking in aansprakelijkheid voor handelen of nalaten dat een veronachtzaming van die verantwoordelijkheid is. De grondrechten en beginselen van behoorlijk handelen kunnen minimaal als aanknopingspunten fungeren bij de invulling van de zorgvuldigheidsnorm en doen dat ook al. Een analyse van de civielrechtelijke rechtspraak kan daarom een eerste stap zijn naar de vormgeving van het toetsingskader, maar mijns inziens zou, ter aanvulling, inspiratie kunnen worden gevonden in uitwerking en doorgronding van de materiële normen in het publiekrecht.

In paragraaf 3.4 is geconstateerd dat een belangrijke kritiek op de verantwoordelijkheidsverdeling in de financiële dienstverleningsrelatie door de Hoge Raad, is dat ‘te weinig geappelleerd wordt aan de eigen verantwoordelijkheid’ van de afnemer.¹⁰² Die kritiek doet, tot slot, de vraag rijzen in welke mate van de zwakke partij zelf mag worden verwacht dat die bijdraagt aan de nivellering van de machtsongelijkheid. Bij de vormgeving van een toetsingskader en de ontwikkeling van de fundamentele rechten en beginselen van behoorlijk handelen in het kader van de zwakke partij/sterk partij-verhouding zal er in het licht van deze, naar mijn mening terechte, kritiek aandacht moeten zijn voor de eigen verantwoordelijkheid van de zwakke partij die in het aansprakelijkheidsrecht tot uitdrukking komt in de eigen schuld van de benadeelde.

¹⁰² Hartlief 2003, p. 937.

5 TOT SLOT

‘... not all power is political power...’¹⁰³

Robert Bierstedt 1950

Macht concentreert zich niet uitsluitend bij de overheid. Ook particuliere partijen kunnen machtig zijn en ook zodanig machtig dat kan worden verdedigd dat op die partijen een bijzondere (juridische) verantwoordelijkheid zou moeten rusten. Voor sommige partijen komt die verantwoordelijkheid reeds in het recht tot uitdrukking: de wederpartij van de consument geldt in deze context als voorbeeld bij uitstek. Vele andere voorbeelden kunnen worden gegeven van verhoudingen die bij wet of door de rechter bijzonder zijn gereguleerd vanwege de machtsongelijkheid tussen partijen. Toch ontbreekt het nog aan theorievorming ten aanzien van de sterke partij, terwijl juist die partij door deze normering in zijn vrijheid wordt aangetast; de sterke partij wordt verantwoordelijk gemaakt voor de behartiging van de belangen van de zwakke partij.

Deze bijdrage geldt als een verkenning en een aanzet tot privaatrechtbrede benadering van de aard van de sterke partij en een verkenning van de rol die de aard van die partij kan spelen bij de normering van diens gedrag. Zo’n verkenning is belangrijk omdat het inzichten biedt die voorspellend kunnen werken. In paragraaf 3 stond de financiële dienstverleningsrelatie centraal, die onderwerp is geweest van veel rechtszaken en van uitgebreide discussie in de rechtsgeleerde literatuur. De financiële dienstverlener en de afnemer van zijn producten zijn het na teleurstellende beursberichten oneens over de vraag wie de verliezen moet dragen. De Hoge Raad is (achteraf) tot een verantwoordelijkheidsverdeling gekomen die doorwerkt in de aansprakelijkheid van de financiële dienstverlener en dus in de mate waarin partijen de schade dragen. Beslissingen, zoals die van de Hoge Raad in deze zaken, zouden volgens mij beter aanvaardbaar zijn als ook vóór het intreden van schade meer bekend zou zijn over de verwachtingen die het recht heeft van partijen. Die verwachtingen kunnen volgens mij in kaart worden gebracht door de drie hier centraal gestelde vragen te beantwoorden, namelijk: *wie* is de sterke partij, *waarom* mag van deze partij meer worden verwacht, en *hoe* krijgt de bijzondere verantwoordelijkheid vorm in het recht?

De sterke partij is hier de partij die in relatie tot een ander machtig is. Macht, volgens de theorie van Bierstedt, bestaat uit drie componenten: de omvang van een groep personen, de sociale organisatie van de groep, en de toegang tot hulpbronnen. Toetsing van de relatie financiële dienstverlener/afnemer leert dat in die relatie inderdaad sprake is van macht in de sociologische zin van het begrip, welke constatering kan worden gebruikt als rechtvaardiging voor een bijzondere regulering van de relatie in het recht. Er wordt dan aangenomen

¹⁰³ Bierstedt 1950, p. 730.

dat het recht behulpzaam moet zijn bij het recht trekken van de scheve verhouding waartoe de macht heeft geleid. Met deze constatering wordt een meer specifieke invulling gegeven aan de aard van de sterke partij. Terwijl de Hoge Raad in *De Treek/Dexia* overwoog dat de bijzondere verantwoordelijkheid van de financiële dienstverlener voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid (zie paragraaf 3.2.1), meen ik dat de sociologische benadering van de aard van de sterke partij meer specifiek duidelijk maakt dat die financiële dienstverleners machtig zijn omdat ze, anders dan hun cliënten (zijnde natuurlijk personen, die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf), in grotere groepen sociaal (en juridisch) georganiseerd en bezitten geld en kennis (zie paragraaf 2.4).

De gedachte dat het recht aan deze machtige partijen een bijzondere verantwoordelijkheid mag toekennen, berust, zo blijkt uit de discussie naar aanleiding van de effectenlease-zaken, op twee gronden: de bescherming van het algemeen belang en de bescherming van de zwakke partij. In de eerste plaats kwam vast te staan dat het handelen en nalaten van machtige partijen van grote invloed kan zijn op zaken van algemeen belang; in de hier beschreven situatie de stabiliteit van de financiële markt. De bescherming van dat algemeen belang is grond om de machtige partijen een bijzondere juridische verantwoordelijkheid toe te dichten.

De bescherming van de zwakke partij is een tweede grond. De aard van de risico's die met het afnemen van de financiële producten gepaard gaan (verregaand ingrijpen in de vermogenspositie van de afnemers), tezamen met de machtsongelijkheid tussen partijen (financiële dienstverleners zijn georganiseerde groepen personen die in staat (mogen worden verwacht te) zijn de financiële producten begrijpen) maken dat van de financiële dienstverlener meer mag worden verwacht.

De verwachtingen die het recht heeft van machtige partijen, tot slot, kunnen in kaart worden gebracht door het analyseren van de verplichtingen zoals die naar voren komen in wetgeving en rechtspraak. De toetsing in deze bijdrage aan de financiële dienstverlener/cliënt-relatie is bij wijze van voorbeeld gebeurd. Het spreekt voor zich dat meer inzicht kan worden verkregen in de aard van de sterke partij en de invloed van die aard op de verantwoordelijkheidsverdeling in het recht als verschillende *case-studies* worden verricht. Te denken valt aan particuliere partijen die een publieke taak verrichten (georganiseerde groep personen met autoriteit), multinationals (georganiseerde groep met invloed), ziekenhuizen als species van de (semi)particuliere partij die een publieke taak verricht (georganiseerde groep personen met autoriteit én kennis), farmaceuten (vaak georganiseerde groep personen met kennis), NGO's (georganiseerde groep personen met invloed).

Naast de kennis die de analyse van wetgeving en rechtspraak oplevert over de bijzondere verantwoordelijkheid van machtige partijen, kan voor de hier bepleite theorievorming inspiratie worden gevonden in algemene publiekrechtelijke normen die in de verhouding overheid/particulier juist gelden vanwege de machtsongelijkheid in die verhouding. Hier zijn de grondrechten en algemene beginselen van behoorlijk bestuur besproken, waarbij

voor beide is geconstateerd dat de uitwerking van die normen in het publiekrecht weliswaar inspireert vanwege de normerende werking van die bepalingen, maar dat aanpassing aan de verhouding tussen particuliere partijen noodzakelijk is voor de toepassing in die verhouding en dat er meer aandacht moet zijn voor de eigen verantwoordelijkheid van de zwakke partij.

LITERATUUR

Asser/Hartkamp 3-I* 2011

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I**. Europees recht en Nederlands vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2011

Van Baalen 2006

S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel* (serie Recht en Praktijk 140), Deventer: Kluwer 2006

Bierstedt 1948

R. Bierstedt, 'The Sociology of Majorities', 13 *American Sociology Review* 1948, 6, p. 700–710

Bierstedt 1950

R. Bierstedt, 'An Analysis of Social Power', 15 *American Sociological Review* 1950, 6, p. 730–738

Biesheuvel 1981

M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (I)', *NJCM-Bulletin* 1981, p. 147–169

Van Boom 2003

W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid', Enige opmerkingen naar aanleiding van HR 11 juli 2003, C01/257 (Erven Kouwenberg/Rabobank Schaijk-Reek)', *NTBR* 2003, 10, p. 555–564

Van Boom 2013

W.H. van Boom, 'Empirisch privaatrecht. Enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', 50 *TPR* 2013, 1, p. 7–84

Van Boom, Giesen & Verheij (red.) 2013

W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.) *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013

Van Buuren 1977

P.J.J. van Buuren, 'Wiarda-symposium (26-3-77). Algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Verslag van een ochtendbijeenkomst', *NJB* 1977, 20, p. 504–506

Cardozo 1963

B.N. Cardozo, *The Growth of the Law*, New Haven: Yale University Press 1963

Cherednychenko 2007

O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht), München: Sellier. European Law Publishers 2007

Van Dijk & Van der Woude 2009

Chr. H. van Dijk & F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie- onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV & S* 2009, 11, p. 74–92

Van Dunné 2005

J.M. van Dunné, 'De partijongelijkheid en de consequenties daarvan in de civiele procedure', *AA* 2005, 7/8, p. 545–552

Emaus 2013

J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013

Engelhard 2010

E.F.D. Engelhard, '(Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het grijze gebied', in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid* (Staatsrechtconferentie 2009), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 11–58

French & Raven 1959

J.R.P. French & B.H. Raven, 'The Bases of Social Power', in: D. Cartwright (red.), *Studies in Social Power*, Ann Arbor: University of Michigan 1959, p. 150–167

Van Gerven 1983

W. van Gerven, *Beginselen van behoorlijk handelen*, Story Scientia 1983

Van Gerven & Lierman 2010

W. van Gerven & S. Lierman, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. I. Algemeen Deel. Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010

Giesen & Maes 2014

I. Giesen & K.L. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014, 6, p. 219–232

Hartlief 1999

T. Hartlief, *De vrijheid beschermd. Enkele opmerkingen over contractvrijheid en bescherming van de zwakke partij in het contractenrecht* (Meijersreeks 14), Deventer: Kluwer 1999

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'Vrijheid en bescherming in het contractenrecht', *Contracteren* 2003, 1, p. 5–14

Hartlief 2003-II

T. Hartlief, 'De gevaren van de optiehandel: hoe ver strekt de zorg van de bank?', 52 *AA* 2003, 12, p. 929–937

Hartlief 2013

T. Hartlief, 'Donkere wolken boven het recht', *AA* 2013, 5, p. 352–354

Hartlief & Tjittes 2003

T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2003, 31, p. 1589–1592.

Van der Heijden 2001

G.M.A. van der Heijden, *Een filosofie van behoorlijk bestuur. Een verklaring voor de juridische en de maatschappelijke functie van de beginselen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001

Hesselink e.a. (red.) 2003

M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003

Hirsch Ballin 1982

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Rechtsbeginselen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1982, 2, p. 105–111

Van der Hoeven 1977

J. van der Hoeven, 'Wiarda-symposium (26-3-77). Enkele discussie-stellingen van Mr. J. van der Hoeven', *NJB* 1977, 20, p. 507

Hondius 1999

E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid* (Meijersreeks 12), Deventer: Kluwer 1999, p. 387–393

De Hoon 2008

M.W. de Hoon, 'Macht in (inter)actie. Een verkennend multidisciplinair onderzoek naar machtsverhoudingen tussen twee (rechts)personen', *NTBR* 2008, 9, p. 392–399

Jansen 2010

K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 2010, 6853, p. 623–633

Jurgens 2014

G. Jurgens, 'Publiekrecht en privaatrecht: naar een herbezinning op het onderscheid', *NTB* 2014, 1, p. 1–3

Keirse & Van Onna 2014

A.L.M. Keirse & A. van Onna, 'De relatieve zwaarte van wederzijdse verantwoordelijkheid voor teleurstellende effectenlease resultaten', *Contracteren* 2014, p. 64-75

Van Kleef 2010

R.H.C. van Kleef, 'Wie nietrb waagt, die niet wint. De spanning tussen autonomie en bescherming van de sporter in het aansprakelijkheidsrecht', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, 2, p. 3–14

L. 1977

L. 'Wiarda-symposium (26-3-77). De ontwikkeling van de rechtsvinding in de civiele rechtspraak. Verslag van de middagbijeenkomst', *NJB* 1977, 20, p. 506

Van Leeuwen 1990

B.H.A. van Leeuwen, *Beginnelsen van behoorlijk ondernemingsbestuur* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1990

Lindenbergh 1999

S.D. Lindenbergh, 'Bescherming van de "zwakkere": regel en uitzondering', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid* (Meijersreeks 12), Deventer: Kluwer 1999, p. 405–412

Lindenbergh 2010

S.D. Lindenbergh, 'Fundamental rights in private law. Anchors or goals in a globalizing legal order?', in: M. Faure & A. van der Walt, *Globalization and Private Law. The Way Forward*, Cheltenham: Edward Elgar 2010, p. 367–382

Meuwissen 1968

D.H.M. Meuwissen, *De Europese Conventie en het Nederlandse recht* (diss. Amsterdam UvA), Leiden: Sijthoff 1968

Mutluer & Jansen 2007

S. Mutluer & C.E.C. Jansen, 'Mogelijke contractenrechtelijke remedies ter correctie van machtsverval bij aanbesteders', *NTBR* 2007, 23, p. 186–193

Nicolaï 1990

P. Nicolaï, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1990

Nieuwenhuis 2000

J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', *RMThemis* 2000, 6, p. 203–211

Nieuwenhuis 2009

J.H. Nieuwenhuis, *Paternalisme, Fraternalisme, Egoïsme. Een kleine catechismus van het contractenrecht* (rede Leiden), <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/19705/afscheidsrede%20Nieuwenhuis.pdf?sequence=1>>; 2009

Pape 2011

S.B. Pape, *Warnings and product liability. Lessons learned from cognitive psychology and ergonomics* (diss. Rotterdam), The Hague: Eleven Publishing 2011

Polak 1977

J.M. Polak, 'Wiarda-symposium (26-3-77). Stellingen van Prof. mr. J.M. Polak', *NJB* 1977, 20, p. 506–507

Rinkes 2009

J.G.J. Rinkes, 'De consument als zwakke partij', *AA* 2009, 6, p. 380–387

Ross 1916

E.A. Ross, *Social Control*, New York: Macmillan 1916

Ultee, Arts & Flap 2009

W.C. Ultee, W.A. Arts & H.D. Flap, *Sociologie. Vragen, Uitspraken, Bevindingen*, Groningen: Martinus Nijhoff 2009

Wiarda 1952

G.J. Wiarda, 'Prae-advies van prof. mr. G.J. Wiarda', in: I. Samkalden & G.J. Wiarda, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur* (Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XXIV), Haarlem: Tjeenk Willink 1952, p. 55–94

DE STERKE PARTIJ IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

*Ton Hartlief**

Een mooi thema

De sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht. Een mooie ‘vondst’: terwijl bescherming van de ‘zwakke partij’ behoort tot de *core business* van het privaatrecht,¹ kijken we in de regel niet naar de ‘sterke partij’. Emaus verdient alleen voor deze onderwerpkeuze al lof.

Wanneer we zicht hebben op de sterke partij kan beter antwoord worden gegeven op de vraag waarom het recht nu juist van haar meer verwacht en hoe die bijzondere verantwoordelijkheid gestalte kan krijgen. Emaus is op zoek naar beginselen die als richtsnoer kunnen worden gebruikt wanneer in de toekomst de vraag rijst of een bepaalde partij aan een bijzonder regime moet worden onderworpen onder meer om gelijke behandeling van gelijke gevallen te bevorderen. Een drietal vragen staat centraal: *wie* is de sterke partij, *waarom* rust op haar een bijzondere verantwoordelijkheid en *hoe* kan deze verantwoordelijkheid vorm krijgen in het recht? Bij de beantwoording verkent Emaus de mogelijkheden die de sociologie biedt, omdat deze discipline nu juist de betrekking tussen partijen en personen tot object van studie maakt. De financiële dienstverlening wordt daarbij als *case study* gebruikt.

Het resultaat is een mooie bijdrage met enkele knappe analytische staaltjes. Deze waardering dient men in het achterhoofd te houden bij het lezen van de kanttekeningen hierna. Gelet op de mij toebedeelde ruimte beperk ik mij tot het een vijftal thema's. Allereerst gaat het om het beeld van de sterke partij zelf, vervolgens om de keus van Emaus om juist de financiële dienstverlener centraal te stellen, daarna stel ik haar uitstapje naar de sociologie aan de orde, plaats ik een kanttekening bij Emaus' stelling dat met bescherming vooral nivellering wordt beoogd en vraag ik mij, ten slotte, af of zij aan het slot niet te gemakkelijk beweringen doet over inhoud en wijze van de bescherming van zwakke tegen sterke partijen.

Wie is de sterke partij?

De titel van Emaus' bijdrage zette mij op het verkeerde been. Bij de sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht ben ik geneigd te denken aan het *buiten-contractuele* aansprakelijkheidsrecht. Dan komt bijvoorbeeld de overheid in beeld, de gemotoriseerde en – hoewel

* Ton Hartlief is hoogleraar Privaatrecht Universiteit Maastricht.

1 E.H. Hondius, in *Contractvrijheid* (T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker red.), Kluwer: Deventer 1999, p. 387 e.v.

dit strikt genomen ook contractuele aansprakelijkheid is – de werkgever in verband met zijn zorgplicht voor een veilige werkomgeving (art. 7:658 BW). Emaus legt de nadruk op de financiële dienstverlener en gaat daarbij vooral in op diens aansprakelijkheid in een contractuele *setting*. Andere mogelijk als sterke partijen in het contractenrecht te beschouwen figuren blijven buiten beeld en dat eigenlijk zonder (veel) toelichting. Waarom niet gekeken naar de overheid, werkgever, verhuurder, verpachter, de arts of het ziekenhuis? Dat de overheid buiten beeld blijft, valt te meer op omdat aan het slot van Emaus' bijdrage de meerwaarde van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten bij het beoordelen van de handel en wandel van machtige private partijen aan de orde komt. De keuze voor de financiële dienstverlener baseert Emaus op de veronderstelling dat de financiële dienstverleningsverhouding voldoende onderzoeksmateriaal biedt, aangezien zij al geruime tijd in de belangstelling staat en veel beschreven is. Voor diverse van de zojuist door mij genoemde personen geldt dat evenzeer. Zonder meer overtuigend is deze motivering daarom niet.

Emaus heeft duidelijk als vertrekpunt dat de sterke partij de wederpartij is van een zwakke partij. In het contractenrecht komen zo bekeken dan als wederpartijen van de huurder, de pachter en de werknemer bijvoorbeeld de verhuurder, verpachter en de werkgever in beeld. Ik vraag me echter af of dit beeld van de sterke partij als wederpartij van een zwakke partij wel steeds correct is. Ik zou me kunnen voorstellen dat wanneer een juristengezelschap gevraagd zou worden naar voorbeelden van sterke partijen met een bijzondere verantwoordelijkheid juist andere figuren zoals bijvoorbeeld de overheid en de notaris zouden worden genoemd. Zij zouden dan in beeld komen vanwege hun bijzondere taak en soms zelfs 'monopoliepositie' die hun 'wederpartijen' echter niet meteen tot zwakke partijen degradeert. Maar ook in het gewone contractenrecht geloof ik niet dat de sterke partij steeds de wederpartij is van een 'zwakke partij'. Vooral bij consumentenbescherming is de vraag gerechtvaardigd of er wel iedere keer een sterke partij tegenover de consument staat, reëler lijkt mij het beeld bij de wetgever dat de consument zonder zijn hulp niet als normale (volwaardige) contractant kan optreden in de verhouding tot zijn wederpartij die wel 'gewoon' als zodanig kan worden beschouwd. Deze visie op de consument is weliswaar overtrokken,² maar beheerst wel de consumentenwetgeving.³

Emaus maakt van de sterke partij vervolgens iemand die zich steeds de belangen van haar wederpartij moet aantrekken, zodat zij per definitie haar broeders' hoeder zou zijn. Ook dat beeld lijkt mij niet (steeds) precies genoeg: het is niet zo dat de sterke partij steeds als leidraad heeft wat in het belang van de zwakke partij is. Een dergelijk algemene *zorgplicht* kennen we in het contractenrecht, waarin ieder van partijen eerst en vooral zijn eigen

2 Daarom heb ik mij eerder gekeerd tegen de (mate van) consumentenbescherming in ons recht. Zie T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Kluwer: Deventer 1999.

3 Zie in dit verband de bekende kritiek van rechtseconomen op consumentenbescherming bijvoorbeeld bij R. VandenBergh. *Averechts Recht*, oratie Rotterdam, Intersentia: Antwerpen 2000.

belang dient, niet en is overigens ook niet nodig. In de verhouding tussen sterke en zwakke partijen⁴ komen ook andere vormen van materiële en formele bescherming (bewijsregels bijvoorbeeld) in beeld. De sterke partij is evenmin zoals Emaus suggereert steeds de normadressaat van regels die de zwakke partij beschermen. Denk maar aan de figuur van de bedenktijd of afkoelingsperiode: de wederpartij (in Emaus' visie de sterke partij) ondervindt wel de lasten van (uitoefening van) dit beschermingsinstrument, maar kan moeilijk de aangesproken partij worden genoemd. Wanneer op haar informatie-, waarschuwings- of adviesplichten worden gelegd, ligt dat uiteraard anders.

Kiezen voor de financiële dienstverlener is niet zonder consequenties

De verantwoording van de keuze voor de financiële dienstverleningsverhouding stelde ik al even aan de orde: andere sterke partijen in het contractenrecht hadden met dezelfde motivering net zo goed gekozen kunnen worden. Belangrijker is echter dat het centraal stellen van de *financiële dienstverleningsverhouding* ook inhoudelijke consequenties heeft. Juist in dit verband is de achtergrond van diverse regels namelijk niet alleen (aanvankelijk zelfs: niet in de eerste plaats) dat de cliënt bescherming verdient, maar nadrukkelijk ook dat het vertrouwen in de markt moet worden gewaarborgd. In de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de margeverplichting in het kader van de optiehandel zien we dat ook terug: deze verplichting beoogde in eerste instantie juist bescherming van het algemeen belang (vertrouwen in de markt) en is pas later gezien als regel ter bescherming van de cliënt die dan ook als zodanig in aansprakelijkheidszaken kan worden ingeroepen.⁵ Emaus besteedt hier bij het toelichten van haar keuze voor het analyseren van de financiële dienstverlener geen aandacht aan, terwijl, gelet op literatuur en rechtspraak, van meet af aan duidelijk is dat nu juist hier niet alleen bescherming van een zwakke partij aan de orde is maar ook het (althans 'een') algemeen belang. Dit aspect leent zich echter niet zonder meer voor generalisering: het is niet zo dat het algemeen belang-aspect zich ook in andere sterke/zwakke partij-verhoudingen opdringt.

Lastig waar het gaat om de aansprakelijkheid van de financiële dienstverlener is bovendien dat niet steeds dezelfde zorgplicht aan de orde is, zodat deze ook niet steeds dezelfde achtergrond en inhoud heeft. Hoewel de nadruk in het stuk van Emaus uiteindelijk ligt op de *effectenlease*-zaken, komen, zonder dat dit steeds wordt toegelicht, ook andere aansprakelijkheden in de financiële sfeer voorbij. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de aansprakelijkheid in de *optiehandel* en om de zorgplichten die de Hoge Raad jegens *derden* (dus jegens anderen dan directe cliënten) heeft aangenomen.⁶ In de rechtspraak wordt

4 Ik volg hierbij voor de gelegenheid Emaus waar zij de wederpartij van de zwakke partij als sterke partij beschouwt.

5 Zie onder meer de noten van C.J. van Zeven bij HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 en HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660.

6 HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos) en HR 23 december 2005, NJ 2006, 389 (Safe Haven).

ieder van deze zorgplichten/aansprakelijkheden specifiek toegelicht. Ze kunnen dus niet over één kam worden geschoren. Van een uniforme achtergrond is geen sprake, terwijl Emaus zo suggereert dat dit wel het geval is, althans haar motivering dat de financiële dienstverlener een sterke (machtige) partij is doet deze voor inhoud en betekenis van de diverse zorgplichten relevante verschillen niet uitkomen.⁷

Sociologie en macht

Emaus gaat in dit verband mee in een moderne onderzoekstrend en beperkt zich niet tot puur juridisch onderzoek. Deze bijdrage behelst, in haar eigen woorden, een verkenning van de mogelijkheden die de sociologie biedt om de sterke partij in het recht verder vorm te geven met een koppeling van die inzichten aan de rechtsvorming in het aansprakelijkheidsrecht. In dat verband ligt de nadruk op Bierstedts *An Analysis of Social Power* (1950). Aan de hand van diens inzichten zou kunnen worden bepaald of sprake is van een machtige partij. Vervolgens betoogt Emaus dat op deze machtige partij een bijzondere verantwoordelijkheid rust die in het aansprakelijkheidsrecht tot uitdrukking komt in de normstelling en in de bewijsregels: 'Anders gezegd: voor een machtige partij gelden bijzondere normen'. Sterke partij is zo uiteindelijk *machtige* partij geworden. Opnieuw vraag ik mij af of dit beeld wel steeds recht doet aan de situaties waarin wij een zwakke partij beschermen. Is haar wederpartij werkelijk steeds een machtige partij? Is de wederpartij van consumenten bijvoorbeeld steeds een machtig te noemen partij? Dit sterkt mij in mijn idee dat de sterke partij waar Emaus eigenlijk aan denkt toch een wat beperkter categorie is dan zij in het begin suggereert: het gaat niet werkelijk om iedere wederpartij van zwakke partijen in het contractenrecht maar om een aantal specifieke partijen met macht, zodat ook beter te begrijpen is waarom zij aan het slot van haar bijdrage inspiratie zoekt in regels die normaal gesproken overheidsgedrag normeren.

Hoewel het moedig is de juridische kaders te verlaten, is het uitstapje naar de sociologie toch minder geslaagd. Aan de psychologie, die Emaus hier en daar aanstipt, hebben we meer bijvoorbeeld waar het gaat om de vraag of, en zo ja, van welk beschermingsinstrument (bedenktijd, informatieplicht, waarschuwingsplicht) heil te verwachten is in situaties waarin beoogd wordt een zwakke partij te beschermen althans (het gedrag van) een sterke partij te beteugelen. Waar het gaat om de sociologie komt het in het stuk van Emaus uiteindelijk aan op par. 2.4. Daar wordt de theorie van Bierstedt toegepast 'als onderdeel van de verklaring dat de financiële dienstverlener in de relatie financiële dienstverlener/afnemer een machtige partij is die, vanwege deze bijzondere positie, geacht wordt meer verantwoordelijkheid te dragen'. Vervolgens wordt de verklaring opgesteld volgens het model dat Ultee,

⁷ Dat de bank in het kader van de optiehandel eventueel gehouden is medewerking te weigeren (en daarmee dus de cliënt tegen te houden), terwijl een dergelijk vergaande verplichting in andere situaties ontbreekt, heeft met andere factoren dan 'macht' te maken. De door Emaus op Bierstedt gebaseerde 'macht' van de financiële dienstverlener zou er immers steeds, of het nu om optiehandel of effectenlease gaat, zijn.

Arts en Flap in hun inleiding in de sociologie presenteren. Hoe mooi het er grafisch gezien ook uit mag zien, uiteindelijk zijn redenering en conclusie tamelijk ‘dun’. Financiële dienstverleners zouden machtig zijn ten opzichte van hun cliënten omdat zij in grotere groepen sociaal (en juridisch) georganiseerd zijn en geld en kennis bezitten. Een confrontatie van deze theorie met de sociale werkelijkheid (klopt dit ook?) valt, zo schrijft Emaus, buiten het bestek van de bijdrage. Dat laatste begrijp ik best, maar al met al resteert zo een magere basis voor een verdere analyse van de financiële dienstverlener als sterke partij: financiële dienstverleners zouden beter georganiseerd en (meer) geld en kennis hebben dan hun cliënten. Begrijpen we zo beter dat in wetgeving en rechtspraak zorgplichten ten laste van financiële dienstverleners worden geformuleerd? Is dit informatiever of anderszins waardevoller dan de factoren die de Hoge Raad nota bene zelf in zijn rechtspraak al heeft genoemd (professionaliteit en bijzondere deskundigheid, (zeer) grote financiële risico’s, risicovolle en gecompliceerde producten, (ontbreken van) ervaring bij cliënten, lichtzinnigheid en gebrek aan inzicht etc.)?⁸ Eerder geldt het tegenovergestelde: deze factoren zijn scherper dan de via Bierstedt door Emaus in beeld gebrachte ‘machtsfactoren’.

Wat willen we eigenlijk met bescherming?

Emaus ziet bescherming van de zwakke partij vooral als *nivelleren*. Weliswaar is het in het contractenrecht gebruikelijk te spreken van ongelijkheidscompensatie, maar nivellering lijkt teveel gevraagd. Herverdeling van vermogen of inkomen is uit de aard der zaak in het contractenrecht niet goed mogelijk: pogingen om via het contractenrecht tot ‘echte’ nivellering te komen zijn gedoemd te mislukken.⁹ We zetten in op het voorkomen van de nadelige effecten van scheve/ongelijke verhoudingen door aan de kant van de zwakke partij eigen keuzes/verantwoordelijkheid te faciliteren door informatieplichten of een bedenktijd bijvoorbeeld en door aan de kant van de sterke partij ‘misbruik af te straffen’ (bijvoorbeeld door dwingend recht te formuleren). Voor mij is het trefwoord daarom eerder *neutraliseren* dan *nivelleren*. En dit is meer dan een woordenspel: Emaus legt de lat hoger dan nodig is.

Zelfstandige bijdrage of onderzoeksagenda?

Hoewel Emaus herhaaldelijk benadrukt dat slechts van een verkennende bijdrage sprake is en haar daarom moeilijk kan worden verweten dat niet alles voldoende is doordacht of uitgewerkt, zitten er aan het slot van haar bijdrage toch twee opmerkelijke losse eindjes.

Opvallend is de sprong, in wezen over de schutting tussen privaatrecht en publiekrecht, die zij maakt naar een bespreking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) en de grondrechten. Ik zeg niet dat deze thema’s niets te zoeken hebben in

⁸ Deze factoren zijn terug te vinden in de rechtspraak met betrekking tot optiehandel en effectenlease.

⁹ Zie VandenBergh 2000, p. 11 e.v.

beschouwingen over sterke partijen, laat staan in beschouwingen over machtige partijen, maar hier komt het uit de lucht vallen en blijft het onuitgewerkt. Zo rijst meteen de vraag hoe dit zich nu precies verhoudt tot de door Emaus centraal gestelde figuur: de financiële dienstverlener. Er zijn andere private partijen waar toepassing van de (a)bbb en de grondrechten meer voor de hand ligt omdat zij juist op het grensvlak tussen privaatrecht en publiekrecht opereren (woningcorporaties, ziekenhuizen, NGO's bijvoorbeeld).¹⁰ Maar belangrijker: welke winst boeken we hier nu mee? Wat is de meerwaarde van (a)bbb en de grondrechten? Bieden zij inspiratie die wij nu missen? Geven deze 'kaders' betere, scherpere normen? Kennen zij sancties die binnen het klassieke meer privaatrechtelijke kader (nog) ontbreken? Wanneer we bij Emaus lezen dat een informatieplicht als uiting van het transparantiebeginsel kan worden gezien, raak ik nog niet meteen overtuigd van de meerwaarde van het slechten van deze drempel tussen privaatrecht en publiekrecht. Wat winnen we hier immers mee? Ook de stelling dat betere voorspelbaarheid van beoordeling van gedrag in het verschieft licht, krijgt onvoldoende fundament mee. Hier wreekt zich dat Emaus niet alleen een zelfstandige bijdrage aan het beschermingsdebat beoogt, maar ook, en misschien nog wel meer, een agenda voor haar onderzoek in de komende jaren.

Wellicht verklaart dat ook het tweede losse eindje: de op zich wat mij betreft sympathieke, maar in het laatste deel van Emaus' bijdrage opnieuw niet voldoende toegelichte nadruk op de eigen verantwoordelijkheid van de wederpartij van de sterke partij. Opeens keert Emaus terug naar de zwakke partij en betoogt zij, in het spoor van criticasters van de rechtspraak met betrekking tot aansprakelijkheid van banken in het kader van de optiehandel, dat haar eigen verantwoordelijkheid serieus genomen moet worden. Maar *waarom* dan en *hoe* komt niet uit de verf. Ook dit onderdeel komt als verrassing, zeker nu daarvoor steeds de bijzondere verantwoordelijkheid van de sterke partij is benadrukt en daarbij zelfs de (a)bbb en de grondrechten te hulp zijn geroepen. Ook hier ligt de verklaring misschien in het bijzondere karakter van het artikel: het lijkt niet alleen een afzonderlijke bijdrage over (bescherming tegen) de sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht, maar ook een aankondiging van verder onderzoek op het terrein van sterke (en zwakke) partijen in het aansprakelijkheidsrecht.

Daarin zijn we gelet op Emaus' onderzoekskwaliteiten zeker geïnteresseerd, zij het dat ik haar, wanneer zij ook in de toekomst multidisciplinair onderzoek blijft doen, liever aan de slag zie gaan met (inzichten uit) de psychologie. Van die tak van sport verwacht ik meer, juist waar het gaat om de vraag wat partijen in bepaalde verhoudingen sterk of zwak maakt,

¹⁰ Dat de financiële dienstverleningsverhouding ook door de nodige publiekrechtelijk gehandhaafde regels wordt bepaald, maakt dit niet anders.

DE STERKE PARTIJ IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

hoe ongewenste effecten daarvan kunnen worden voorkomen en op welke manier eigen verantwoordelijkheid nemen inhoud kan worden gegeven.

AANSPRAKELIJKHEID VOOR INADEQUATE PUBLIEKE BEVEILIGING DOOR PRIVATE ACTOREN

Ivo Giesen*

1 INLEIDING

1.1 *Introductie van het thema*

In diverse semi-publieke sectoren wordt door *private* instellingen (denk aan ziekenhuizen, woningcorporaties, scholen, etc.) aan de lopende band uitvoering gegeven aan wat – in essentie – *publieke* taken zijn. Dit is mede terug te voeren op de privatiseringstendens die al enige tijd heersend is. Op de golven van deze privatiseringstendens ten aanzien van publieke taken, zijn er ook nieuwe ontwikkelingen te verwachten op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht, want deze nieuwe (semi-publieke) taakuitoefening door nieuwe, privaatrechtelijke actoren, leidt zonder twijfel tot (deels) nieuwe juridische vragen.¹ Eén van de vragen die zou kunnen gaan zorgen voor de nodige deining binnen het aansprakelijkheidsrecht, en die aanschuurt tegen – beter: bijdraagt aan – de vervagende² grenzen tussen wat nog als publiekrechtelijk te gelden heeft, en wat privaatrechtelijk is, is de kwestie van wat in de Verenigde Staten (VS) onder de noemer *inadequate security* wordt geschaard. In Nederlandse termen: aansprakelijkheid voor het op ontoereikende wijze waarborgen tegen inbreuken op de (fysieke) veiligheid door derden.³

* Ivo Giesen is hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut van de Universiteit Utrecht en programmaleider van Ucall, het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law*, zie www.uu.nl/ucall. Deze bijdrage haakt aan bij en bouwt deels voort op (onderdelen uit) I. Giesen, *Aansprakelijkheid en toezicht*, Kluwer: Deventer 2005. Met dank aan Jessy Emaus en Liesbeth Enneking voor hun kritische blik op een conceptversie van deze tekst en aan Marjosse Hiel en Tjalling Waterbolk voor de onderzoeksassistentie. De tekst is afgesloten op 1 juni 2014.

1 Zie Rijnhout e.a. 2013, m.n. p. 174, en uitvoerig Engelhard 2010. Ook voor het bestuur van en toezicht op de rechtspersonen die deze publieke taken uitvoeren zijn er op het vlak van aansprakelijkheid ontwikkelingen gaande. Het betreft dan de interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid waar ik hier niet nader op in zal gaan, vgl. *Kamerstukken II*, 2013–14, 33 750 VI, nr. 31.

2 Uitvoerig en fundamenteel Van Gerven/Lierman 2010, m.n. p. 515 e.v.

3 Zie voor Nederland al Van Boom 1997, p. 139 e.v.; Keirse 2007, p. 2418–2425. Zie ook De Waard/Van Steden 2012, p. 9–23, die op een verstrengeling van het publieke en private domein wijzen (p. 9). Verder bijv. Canter/Zukauskienė 2007, p. 119–142.

Het gaat hierbij – in deze bijdrage – om strafbare, schadetoebrengende feiten gepleegd door een primaire dader (hierna ook wel: de ‘crimineel’) waartegen door een ander (en dus mogelijk secundaire ‘dader’, vaak *peripheral tortfeasor* genoemd),⁴ beveiliging had moeten worden geboden, maar waarbij dat niet (afdoende) gebeurd is. De gedraging die voor wat betreft de civielrechtelijke aansprakelijkheid ter discussie staat, is dan het nalaten van de alternatieve dader om die afdoende veiligheid te bieden, en dus niet het achterliggende, criminele, opzettelijk handelen van de eigenlijke, primaire dader. De reden daarvoor laat zich raden. Die primaire dader blijkt onvindbaar of een kale kip.

De in dit verband mogelijk wel aan te spreken partij is traditioneel in eerste instantie een overheidsorgaan, zoals de politie.⁵ Inmiddels komen hier echter ook commerciële ondernemingen in beeld, omdat die organisaties een bijdrage kunnen leveren aan de veiligheid (voorheen een publieke taak bij uitstek) van hun klanten en de omgeving, maar deze dat (vermeend) hebben nagelaten, zodat ze zijn tekort geschoten in hun preventieve taak en/of hun toezicht. Dat wisselende beeld is waarschijnlijk mede hieraan te wijten dat inzake de overheidsaansprakelijkheid een terughoudend(er) beleid wordt gevoerd,⁶ maar bovendien dat er inzake en rondom veiligheid stevig wordt ‘geprivatiseerd’. Denk daarbij bijvoorbeeld aan al die particuliere veiligheidsdiensten bij publieksevenementen (popconcerten, dance festivals, uitmarkten, etc.) en bij sportwedstrijden (lees: voetbal), doch denk ook aan de toegenomen noodzaak voor commerciële verhuurders van onveilige wooncomplexen, beheerders van winkelcentra, luchthavens, etc. om beveiliging in te huren.⁷ Niet alleen in de VS en Europa, inclusief Nederland,⁸ maar ook in bijvoorbeeld Zuid-Afrika is private beveiliging (van bijvoorbeeld parken en openbare scholen) een gewoon beeld en daarmee tevens een lastig te controleren miljardenindustrie geworden.⁹

Doch de trend richting ‘privatisering van veiligheid’ gaat nog verder, want deze raakt ook de kwestie dat multinationals die gevestigd zijn in Nederland, moeten waken tegen ‘verstoringen’ van de veiligheid en de leefomgeving van de bevolking in andere landen, bijvoorbeeld bij de oliewinning in Nigeria.¹⁰ Ook zien we deze trend terug als het gaat om

4 Zie hierover al Van Boom 1997, p. 139 e.v., en Giesen 2005a, p. 37 e.v. (sprekend over ‘afgeleide aansprakelijkheid’).

5 Zie daarover nader Van Tilburg 2012.

6 Hartlief 2014, p. 1307.

7 Ik ga niet nader in op de relatie werkgever-werknemer en artikel 7:658 BW, hoewel daarin ook sprake kan zijn van een derde (de werkgever) die aangesproken wordt na schade (bij de werknemer) door crimineel gedrag van een ander. Zie Mouris 2013, p. 8 e.v.; Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2014, JA 2014/41 (Het Poortje Jeugdinrichtingen). De arbeidsrelatie wordt immers zodanig gekleurd door de beschermende strekking van die regeling dat een vergelijk met de hier bedoelde gevallen, bij voorbaat mank gaat.

8 Voor cijfers, zie De Waard/Van Steden 2012, p. 11–16. Vgl. ook Ruigrok 2013, p. 574 e.v. De Nederlandse regering heeft als doel geformuleerd om het veiligheidsbeleid te privatiseren, zie p. 577.

9 Zie bijv. Berg 2013.

10 Zie daarover Enneking 2013, in reactie op Rb. Den Haag 30 januari 2013, LJN: BY9854; BY9850 en BY9845, alsmede haar bijdrage aan deze bundel.

de beveiliging van soldaten en burgers in vreemde staten of op zee; die taak ligt al lang niet meer exclusief bij de eigen defensiemacht van een staat, zoals verwacht zou worden. Private beveiligers hebben die opdracht overgenomen, zoals beveiligingsbedrijf BlackWater Amerikaanse soldaten beschermde in Irak.¹¹ Het gaat in al deze voorbeelden vooral om de gedachte dat de kring van mogelijk aan te spreken partijen ruimer is dan traditioneel gedacht, en de bijbehorende vragen omtrent de daarbij behorende normstelling: hoeveel zorgvuldigheid mag de maatschappij van dit soort partijen verwachten?

Vertaald naar de huidige Nederlandse situatie kan en zal in dit verband vooral gedacht worden aan de discussie die heeft plaatsgevonden naar aanleiding van het schietincident in het winkelcentrum in Alphen aan de Rijn in 2011.¹² Had de schietvereniging waartoe Tristan van der V., de schutter in kwestie, behoorde, moeten ingrijpen? Of had (daarnaast) de politie (eerder) moeten ingrijpen, althans geen wapenvergunning mogen verlenen?¹³ Of had de psychiater van Van der V. wellicht eerder een melding moeten doen? Had het winkelcentrum in kwestie zelf betere beveiliging moeten hebben? Er zijn echter meer voorbeelden te verzinnen.¹⁴

1.2 Kernvraag en opbouw

Kortom – en dat is meteen de kernvraag van dit artikel – hoever mag, willen kan het aansprakelijkheidsrecht gaan als het om zorgplichten, en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid, voor secundaire daders ter voorkoming van veiligheidsrisico's voor medeburgers gaat? Vooral daar waar de overheid een terugtrekkende beweging gemaakt heeft en nu dus uit beeld is geraakt waar zij voorheen als logische 'gedaagde' aangemerkt zou zijn, is die vraag – nog los van de aanpalende vraag of de overheid zich wel kan onttrekken aan aansprakelijkheid¹⁵ – pregnant en praktisch zeer relevant geworden, omdat vervolgens wellicht gepoogd zal worden om de rekening neer te leggen bij die in plaats van de overheid inspringende private partij die wellicht mede of deels het publieke belang op zich genomen heeft. Tot dusverre lijkt de rechtspraak ter zake, zoals we zullen zien, een terughoudende houding aan te nemen.¹⁶ De hoofdvraag die hier voorligt, impliceert echter ook dat het

11 Nader daarover de bijdrage van Roorda, Ryngaert en Straten in deze bundel.

12 Zie over deze zaak *Kamerstukken* 32 739, met name het verslag van het Algemeen Overleg (*Kamerstukken II*, 2011–2012, 32 739, nr. 6), en Hof Den Haag 11 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:707 (geen recht op inzage voor de slachtoffers in het zgn. NIFP-rapport).

13 Ik wijs in dit verband nog op EHRM 12 januari 2012, NJ 2013/313 (Gorovenky en Bugara/Oekraïne) en de noot van Vranken, hoewel die zaak betrekking had op een schietende politieagent.

14 Denk aan de juridische positie van diverse inspecties als het om het kindermisbruik door Robert M. gaat (naast de hier verder niet besproken precare positie van diens werkgever).

15 Ik wijs hier slechts op ERHM 28 oktober 1998, NJ 2000/134 (Osman/Verenigd Koninkrijk).

16 Zie bijv. HR 28 mei 2004, NJ 2006/430 (Staat/K.), waarover nader § 3.5.8.

onzeker is in hoeverre aan die houding vastgehouden zou moeten (en kunnen) worden in licht van bijvoorbeeld de terugtred van de overheid, capaciteitsproblemen, et cetera.

De opbouw van deze bijdrage is verder als volgt. Eerst wordt het thema van deze bijdrage in § 2 rechtsvergelijkend onder de loep genomen. Daarbij zal het niet verbazen dat ervoor gekozen is de VS te bestuderen; dat is immers de bakermat van de hier besproken problematiek – hetgeen ook de reden om bij de VS te starten – en van de juridische omgang daarmee. Verwacht mag dan ook worden dat hier de nodige inspiratie is op te doen. Dat is tevens het doel van deze rechtsvergelijkende exercitie. In § 3 beschrijf ik vervolgens de stand van zaken op dit terrein als het om het Nederlandse recht gaat waarbij vooral (lagere) rechtspraak wordt onderzocht. Het gaat hierbij deels om vragen, zo blijkt, die eerder al onder de noemer van (gebrek aan) ‘adequaat toezicht’ zijn onderzocht. Daarop zal dan ook dankbaar worden voortgebouwd. In § 4 tracht ik uit het voorgaande enige lessen te trekken voor de situatie in Nederland. Ook zal in die paragraaf de beantwoording van de zojuist genoemde hoofdvraag volgen.

2 RECHTSVERGELIJKING: ‘INADEQUATE SECURITY’ IN DE VERENIGDE STATEN

2.1 Inleiding

De ervaring, en volkswijsheden, leren dat aansprakelijkheidsclaims vanuit de VS (in minder intense vorm, en vertraagd, maar toch) uiteindelijk ook overwaaien naar Europa; denk aan de korte geschiedenis van de tabaksaansprakelijkheid in Nederland.¹⁷ Een type claim die ons wellicht nog te wachten staat en hier daarom nader onderzocht wordt, betreft het Amerikaanse gevaltype ‘inadequate security’, ontoereikende veiligheid. Hierbij gaat het – als gezegd – om strafbare, schadetoebrengende feiten van primaire daders waartegen door derden (secundaire daders of *peripheral tortfeasors*)¹⁸ beveiliging had kunnen worden geboden. De gedraging die ter discussie staat, is echter de eigen gedraging, of vaker: het eigen nalaten, van de die secundaire dader, en dus niet het crimineel, opzettelijk handelen van de primaire dader. Kijken wij naar de bakermat van ditype claims, dan blijkt dat het naar Amerikaans recht – net als in Nederland – veelal om een onzorgvuldig nalaten gaat, en daarvoor geldt als vertrekpunt dat aansprakelijkheid slechts kan worden aangenomen als er een zogenaamde *affirmative duty* (een positieve plicht tot handelen voor de aangesprokene) bestaat. In beginsel geldt dat er binnen het leerstuk *negligence* als grondslag voor aansprakelijkheid geen algemene plicht bestaat om een ander te hulp te komen of te

¹⁷ Zie o.a. Keirse/Van den Berg 2002, p. 1652 e.v.

¹⁸ Zie Giesen 2005a, p. 37 e.v.

beschermen, en dat er geen plicht bestaat het gedrag van een derde te controleren teneinde te voorkomen dat deze een ander schade berokkent.¹⁹

Uitzonderingen daarop zijn echter zeer wel mogelijk.²⁰ In dat verband is van belang dat er een plicht bestaat om op te treden, om te handelen dus,²¹ indien er een ‘speciale relatie’ bestaat tussen de partijen.²² Die speciale relatie kan bijvoorbeeld bestaan tussen de gedaagde en de uiteindelijke (primaire) dader, tussen bijvoorbeeld ouder en kind, of tussen de gedaagde en het uiteindelijke slachtoffer, tussen bijvoorbeeld de hoteleigenaar en zijn gast.²³ De hierna nog te bespreken zaak van Ms. Kline tegen haar verhuurder valt bijvoorbeeld in deze tweede categorie. Het is dus zaak om bij de bestudering van het Amerikaanse recht te focussen op de uitzonderingscategorie van de aanwezigheid van een ‘special relationship’.

2.2 *Therapeuten: de Tarasoff-zaak*

Of er zo’n speciale relatie aanwezig was, stond ook centraal in de beroemde zaak *Tarasoff v. The regents of the University of California*.²⁴ Tatiana Tarasoff werd vermoord door ene Poddar. Deze had zijn bedoeling daartoe eerder al opgebiecht aan Dr. Moore, als psycholoog in dienst bij de gedaagde universiteit. De ouders van Tatiana stellen een vordering tot schadevergoeding in, hierop gebaseerd dat de psycholoog ten onrechte niet in actie is gekomen en hen ten onrechte niet heeft gewaarschuwd. Daarmee werd de vraag opgeworpen of er in dit geval een *duty* voor de gedaagde bestond om te waarschuwen. Nu er een relatie bestond tussen de moordenaar en de psycholoog, was volgens de hoogste rechter in California voldaan aan het vereiste van een ‘special relationship’ zoals hiervoor omschreven, zodat een *duty* aanvaard kon worden. Dat een psycholoog moeilijk kan voorspellen of een patiënt geweld zal gebruiken,²⁵ doet daaraan niet af volgens de rechter, want te dien aanzien geldt de maatstaf van de redelijk handelende beroepsbeoefenaar. De rechter, Tobriner J.,

19 Men zie bij wege van voorbeeld *David Wright v. Arcade School District et al* 230 Cal. App. 2d 272; 40 Cal. Rptr. 812, en zie nader (sinds 2012) de Restatement (3rd) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm, § 37 (voorheen § 314 en 315 Restatement (2nd) of Torts). Uitvoerig over die Restatement: Schwartz/Appel 2011 p. 319 e.v.

20 In algemene zin hierover ook Smits 2000, p. 10–11; Prosser/Keeton 1984, p. 201–203.

21 Schwartz/Appel 2011 p. 319 e.v., p. 323, geven overigens aan dat het onderscheid tussen *non-feasance* en *misfeasance* in de Restatement (3rd) niet meer wordt gehanteerd.

22 Zie m.n. Restatement (3rd) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm, § 40–41, als ‘opvolger’ van § 314a en § 315 Restatement (2nd) of Torts.

23 Nader uitgewerkt in Restatement (3rd) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm, § 38 e.v (voorheen § 316–319, resp. §314a en 320 Restatement (2nd) of Torts). Zie hierover ook al Harper/Kime 1934, p. 887 e.v., met vele voorbeelden, gevolgd door onder andere Fleming/Maximov 1974, p. 1027–1028. Vgl. verder nog Niehoff 1983, p. 106–107; Van Dam 1995, p. 18–21.

24 17 Cal. 3d 425; 551 P.2d 334; 131 Cal. Rptr. 14; 83 A.L.R.3d 1166. Zie ook Van Tilburg 2012, p. 53–55.

25 Volgens Fleming/Maximov 1974, p. 1044, wordt de gevaarlijkheid van hun patiënten door therapeuten overschat.

concludeert dat zodra een therapeut vaststelt, of naar de regelen dat kunst had moeten vaststellen, dat een patiënt een serieus gevaar voor anderen vormt, op hem de plicht rust om redelijke zorg uit te oefenen teneinde het voorzienbare slachtoffer van dat gevaar te beschermen.²⁶ En dat dat wellicht te veel of onnodige waarschuwingen oplevert, dient voor lief genomen te worden want dat is een redelijke prijs voor de levens die potentieel gespaard worden.

Het publieke belang van veiligheid jegens dit soort vormen van geweld, wint het hier dus van het vrijwel standaard ingeroepen therapeutische (en ook algemene) belang van vrije, open en vertrouwelijke communicatie met de patiënt ('zonder geheimhouding geen effectieve therapie') en diens privacy.²⁷ Dat mogelijke patiënten wellicht helemaal niet meer in therapie gaan als de geheimhoudingsplicht zo wordt bekort, is een veel gehoord tegenargument (abstracter geformuleerd als: negatief uitwerkende gedragsbeïnvloeding), maar is ook een argument waarvoor eigenlijk geen empirische data aangedragen worden.²⁸

Inmiddels is de *Tarasoff*-zaak, en dat geldt tevens voor de voorlopers van die zaak,²⁹ van significante invloed gebleken op (in elk geval) psychiaters en juristen in andere jurisdicties binnen de Verenigde Staten, ook al heeft niet elke rechter in elke staat dezelfde lijn gekozen.³⁰ De zaak is ook benut bij pogingen om in vergelijkbare casusposities tot aansprakelijkheid te komen, zoals bij besluiten over vervroegde invrijheidstelling van (jeugdige) criminelen ('parole decisions'). In de zaak *Thompson v. County of Alameda*, een uitspraak van (opnieuw) het California Supreme Court, is in zo'n zaak echter bepaald dat er geen *duty to warn* kan worden aangenomen als het gaat om '*nonspecific threats of harm directed at nonspecific victims*'. Daarmee is de *duty* uit *Tarasoff* nader ingeperkt, in onze termen: voorzien van een 'randje' relativiteit.³¹

26 17 Cal. 3d 425, p. 439. Zie ook Fleming/Maximov 1974, p. 1030.

27 17 Cal. 3d 425, p. 440–442. Vgl. tevens Fleming/Maximov 1974, p. 1040 e.v. (effectiviteit van therapie) en p. 1044 e.v. (privacy), alsmede M. A. Rothstein, *Tarasoff Duties after Newtown*, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Spring 2014, p. 104 e.v.

28 Aldus Fleming/Maximov 1974, p. 1039, die aldaar overigens terecht aangeven dat ook de andere kant van het verhaal niet op cijfers gebaseerd is. Er is wel onderzoek bekend naar de reactie van psychiaters op de uitspraak, die wisselend te noemen is, zie daarover Monahan/Walker 1998, p. 384–385.

29 Zie bijvoorbeeld *Underwood v. United States* 356 F.2d 92, over een Amerikaanse luchtmachtsoldaat die ten onrechte werd ontslagen van de psychiatrische afdeling van zijn vliegbasis en die vervolgens tegen de regels in een pistool kon bemachtigen en zijn ex-vrouw dood schoot. De staat werd daarvoor aansprakelijk geacht. Datzelfde geschiedde in *The Merchants National Bank and Trust Company of Fargo v. United States* 272 F. Supp. 409, waarin een voor schizofrenie opgenomen Vietnam-veteraan op werkverlof zonder toezicht werd gestuurd, waarna hij zijn vrouw doodde.

30 In Restatement (3rd) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm, § 41, is deze benadering overgenomen, zie Schwartz/Appel 2011, p. 326. Zie eerder al Epstein 2008, p. 641 e.v., en Monahan/Walker 1998, p. 385. Zo ook Prosser/Keeton 1984, p. 384, in noot 24 ('leading case'); Gammon/Hulston 1995, p. 749–750, met een overzicht van andere Staten.

31 Zie *Thompson v. County of Alameda* 27 Cal.3d 741, 167; 614 P.2d 728 (1980), waarover Epstein 2008, p. 641–642. De uitkomst werd op principiële gronden overgenomen in *Brady v. Hopper* 570 F.Supp. 1333, een zaak die diende bij het US District Court, District of Colorado in 1983. De regel uit *Thompson* betekent

2.3 Verhuurders: de Kline-zaak

Uit de Amerikaanse rechtspraak stammen ook de hieraan verwante, hoewel niet steeds daarmee in verband gebrachte gevallen van *landlord liability* of *premises liability*. Denk bijvoorbeeld aan gevallen van verhuurders die jegens een huurder civielrechtelijk³² aansprakelijk worden gehouden voor de criminele activiteiten van een ander persoon, de primaire dader, binnen het verhuurde complex. Het verwijt is dan dat de verhuurder zou hebben nagelaten om adequate veiligheidsmaatregelen te nemen of om deze in stand te houden.³³

Een belangrijk precedent in deze ‘*shift of the public policing responsibility to landlords*’³⁴ vormt de zaak *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* uit 1970³⁵ Het ging daarin om een vrouw die aangevallen en beroofd werd in de gezamenlijke hal van haar in een stedelijk gebied (Washington D.C.) gelegen appartementencomplex. Zij spreekt daarop de eigenaar van het complex aan tot vergoeding van haar schade. Deze zou de veiligheid in het complex verwaarloosd hebben door er niet op toe te zien dat de oorspronkelijk (wel) genomen maatregelen tegen indringers gehandhaafd bleven. De portier was bijvoorbeeld in de loop der jaren verdwenen en de zij-ingangen werden niet meer altijd afgesloten. Daarbij was relevant dat er in en rond de gemeenschappelijke ruimtes van het complex al eerder sprake was geweest van criminele daden en dat de eigenaar daarvan op de hoogte was.³⁶ Het Court of Appeal (D.C. Circuit) beslist uiteindelijk dat er een ‘duty’ bestaat voor de eigenaar jegens de huurder om deze te beschermen tegen criminele daden van een derde die redelijkerwijs voorzien hadden kunnen worden.

De dogmatische inpassing van deze plicht hier terzijde latend,³⁷ worden de volgende (ook buiten de VS relevante) argumenten tegen elkaar afgewogen. Ten eerste wordt in het kader van de realiteit van groeiende criminaliteitscijfers steeds gewezen op het gegeven dat het de verhuurder/eigenaar is die de exclusieve controle heeft over veiligheidsmaatre-

expliciet niet dat een ‘parole board’ nooit aansprakelijk kan zijn. Zie in dat verband ook nog, van na *Tarasoff*, de zaak *Payton v. United States* 636 F.2d 132, waarin de mogelijkheid van aansprakelijkheid van de ‘parole board’ in verband met het ten onrechte vroegtijdig vrijlaten van een (gevaarlijke) gevangene, wel erkend werd, en daarover Niehoff 1983.

32 De trend in de VS om ook meer met een strafrechtelijk kader te gaan werken, laat ik hier terzijde, zie nader Glesner 1992.

33 Zie over de geschiedenis en de ontwikkeling van dat leerstuk, alsmede over de hierna te bespreken zaak, Merrill, 38 *Vand. L.Rev.* 431 (1985); Markatos 1991, p. 501 e.v.; Glesner 1992, m.n. p. 684 e.v., en Weiss 1984–1985.

34 Zo Glesner 1992, p. 707. Het gaat niet enkel meer om het reduceren van de mogelijkheid om op het terrein crimineel te handelen, maar ook om het controleren van het gedrag van de derde (p. 708).

35 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477; 43 A.L.R.3d 311.

36 *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, p. 479 en 480; 43 A.L.R.3d 311.

37 Het betrof of een ‘implied condition’ in het huurcontract of een ‘tort’, zie nader daarover Merrill, 38 *Vand. L. Rev.* 431 (1985), en Weiss 1984–1985.

gelen in het gebouw en op de (juridische) onmogelijkheid voor de huurder om zelf veiligheidsmaatregelen ingang te doen vinden in de gemeenschappelijke ruimtes. Daaraan doet niet af dat deze plicht tot hogere kosten voor de verhuurder zal leiden. Deze is immers in een economisch betere positie dan de huurder, want hij kan die kosten spreiden over alle huurders.³⁸ De verhuurder heeft in elk geval de betere onderhandelingspositie³⁹ en geniet het economisch voordeel van de activiteit. Van wezenlijk belang hierbij is wel nog dat de verhuurder wetenschap moet hebben van de criminele activiteiten ('*reasonably foreseeable crime*') in het gebouw.⁴⁰ Volgens de rechter in *Kline* gaat het bij voorzienbaarheid om aanvallen die '*probable and predictable*' zijn; aansprakelijkheid zal niet aangenomen worden indien het geweld '*sudden and unexpected*' is.⁴¹ Dat er sprake dient te zijn van een voorzienbaar risico, wil overigens niet zeggen dat precies dezelfde criminele activiteit al eerder plaatsgevonden dient te hebben, al zal dat wel een belangrijke factor zijn.⁴²

Merrill voegt hieraan nog toe dat de verhuurder in beginsel een permanente relatie tot het gebouw heeft en dat diens situatie sterk lijkt op die van de *innkeeper* die in rechte van oudsher al verantwoordelijk is voor de veiligheid van zijn gasten.⁴³ Een belangrijk tegenargument lijkt gelegen te zijn in *public policy*: het gaat niet aan dat de bescherming van burgers tegen criminele daden van andere burgers zou rusten op een private partij in plaats van op de overheid (de politie). Dat argument gaat hier echter niet helemaal op, omdat de politie niet bevoegd is in de gemeenschappelijk ruimten van het complex te patrouilleren. Daarnaast geldt nog dat de verhuurder in het kader van de preventie ook een taak heeft die erkend dient te worden.⁴⁴

Inmiddels lijkt deze zorgplicht voor verhuurders zijn weg op ruimere schaal gevonden te hebben in de VS⁴⁵ en ook in vergelijkbare, maar ten dele verder verwijderde situaties

38 *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, p. 480–481 en 488; 43 A.L.R.3d 311. Zie verder Merrill, 38 *Vand. L. Rev.* 431 (1985), p. 434, 443, 446, 447, en met name ook p. 442 ('The landlord is no insurer of his tenants' safety, but he certainly is no bystander.', aldus Wilkey J citerend (439 F.2d 477, p. 481)). Volgens Weiss 1984–1985, p. 715, is het element van controle bij de 'landlord' van groot gewicht in de meeste Amerikaanse staten.

39 Merrill, 38 *Vand. L. Rev.* 431 (1985), p. 443, 446 en 447.

40 *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, p. 480 en 481; 43 A.L.R.3d 311. Merrill, 38 *Vand. L. Rev.* 431 (1985), p. 347, 441 en 454.

41 *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, p. 483; 43 A.L.R.3d 311.

42 Vgl. *Jane Doe v. Dominion Bank of Washington* 295 U.S. App. D.C. 385; 963 F.2d 1552, p. 1560, en over dat laatste aspect Merrill, 38 *Vand. L. Rev.* 431 (1985), p. 454–456.

43 Merrill, 38 *Vand. L. Rev.* 431 (1985), p. 447. Zie ook *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, p. 485; 43 A.L.R.3d 311.

44 Het argument wordt genoemd in *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 141 U.S. App. D.C. 370; 439 F.2d 477, p. 481; 43 A.L.R.3d 311, maar later ter zijde geschoven (439 F.2d 477, p. 484).

45 In Restatement (3rd) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm, § 40, is dit uitgangspunt overgenomen, zie Schwartz/Appel 2011, p. 325. Zie verder nog Epstein 2008, p. 630 ('widespread approval'), en bijvoorbeeld *Debra S. Rosenbaum v. Security Pacific Corporation* 43 Cal. App. 4th 1084, p. 1090; 50 Cal. Rptr. 2d 917, alsmede *Patricia Tenney v. Atlantic Associates d/b/a/ Park Towne Apartments* 594 N.W.2d 11 waarin

toegepast te worden.⁴⁶ Niet verrassend is daarbij het voorbeeld waarin een plicht werd aangenomen voor een commerciële verhuurder van bedrijfsruimte om de gemeenschappelijke delen van de verhuurde kantoorruimte te beschermen tegen (opnieuw) voorzienbare criminele activiteiten van derden ten opzichte van (werknemers van) een huurder. Een individuele huurder van een deel van een gebouw is immers evenzeer buiten staat om zelf voor de beveiliging van de gemeenschappelijke delen zorg te dragen als het gebouw voor bedrijfsdoeleinden verhuurd wordt aan meerdere bedrijven.⁴⁷ Een stuk verder gaat echter de plicht van de verhuurder ten opzichte van de huurder die in zijn eigen appartement aangevallen wordt of ten opzichte van de bezoekers van de huurder.⁴⁸

Dat de plichten van de *landlord* ook niet eindeloos zijn, bewijst de zaak *Debra S. Rosenbaum v. Security Pacific Corporation* waarin aansprakelijkheid van de verhuurder werd afgewezen nadat een vrouw beroofd en verwond werd op de openbare weg voor haar appartementencomplex en dus buiten het terrein van de verhuurder.⁴⁹ Ook wordt niet zonder meer aangenomen dat een *landlord*, zoals de eigenaar van een *shopping mall*, zelf beveiligingspersoneel moet inhuren omdat daarmee de verantwoordelijkheid (en kosten) voor de veiligheid van medeburgers van de overheid naar de private sector zou worden verplaatst.⁵⁰ In *Ann M v. Pacific Plaze Shopping Center*,⁵¹ een Californische zaak uit 1993 waarin een werkneemster van een winkel in het winkelcentrum van de gedaagde verkracht was, werd beslist dat alleen bij een hoge mate van voorzienbaarheid het inhuren van veiligheidsbeambten verplicht is en dat daarvoor eigenlijk eerdere vergelijkbare incidenten aangewezen moeten kunnen worden. Dat wil niet zeggen dat als er nooit eerder iets gebeurd is, dat dan de gedaagde altijd vrijuit gaat (want dat zou het toevallige eerste slachtoffer stevig benadelen), maar wel dat er een steviger barrière ligt dan voorheen.⁵²

Kline een 'landmark case' genoemd wordt (p. 15). Zo ook al Prosser/Keeton 1984, p. 442, alwaar ook overige (oudere) rechtspraak is te vinden.

46 Zie Epstein 2008, p. 630 e.v. voor een overzicht van typen zaken die gevolgd zijn, o.a. tegen onderwijsinstellingen, vervoermaatschappijen, en 'shopping malls' (zie hierna). Vgl. ook Prosser/Keeton 1984, p. 383.

47 *Jane Doe v. Dominion Bank of Washington* 295 U.S. App. D.C. 385; 963 F.2d 1552, p. 1559–1560: een werkneemster werd verkracht en beroofd op een van de leegstaande verdiepingen van het kantoorcomplex; deze verdiepingen waren onvoldoende beveiligd tegen ongenode gasten.

48 Zie *Patricia Tenney v. Atlantic Associates d/b/a/ Park Towne Apartments* 594 N.W.2d 11 (waarbij wel relevant was dat de toegang tot het appartement verkregen werd via een nagemaakte sleutel), respectievelijk Epstein 2008, p. 630.

49 *Debra S. Rosenbaum v. Security Pacific Corporation* 43 Cal. App. 4th 1084; 50 Cal. Rptr. 2d 917.

50 Zie Epstein 2008, p. 632, verwijzend naar *Nivens v. 7–11 Hoagy's Corner*, 943 P.2d 286, waarin wordt aangegeven dat een 'business' een 'duty' heeft ten opzichte van haar gasten, maar dat deze geen absolute veiligheidsgaranties verstrekken kan.

51 *Ann M v. Pacific Plaze Shopping Center*, 863 P2d 207. Meer daarover (en de geschiedenis van deze regel) bij Welch 1993–1994.

52 Voor een verdere analyse: Welch 1993–1994.

3 AANSPRAKELIJKHEID VOOR INADEQUATE BEVEILIGING NAAR NEDERLANDS RECHT

3.1 *Inleiding*

Waarom dit exposé over Amerikaans recht? Vanwege de inspiratie die daaruit te putten valt; inspiratie over hoe om te gaan met dit type aansprakelijkheid en met de argumenten die daarbij een rol kunnen spelen aangezien de privatisering van publieke taken een steeds hogere vlucht lijkt te nemen in Nederland. Het gaat daarbij om inspiratie die tevens nodig is omdat er aan de ene kant naar Nederlands recht weinig rechtspraak en literatuur beschikbaar is, en omdat aan de andere kant wel de eerste sporen van een overwaaierende claimbeweging zichtbaar beginnen te worden. Het incident uit 2011 in Alphen aan de Rijn en de schutter Tristan van der V. die veel schade veroorzaakte, en de nasleep daarvan, is een triest voorbeeld. De juridische vragen die daarbij meteen opkomen, zijn: had zijn schietvereniging moeten ingrijpen? Had de politie moeten ingrijpen? Had het winkelcentrum betere beveiliging moeten hebben? De aansprakelijkheidsprocedure is inmiddels in volle gang, terwijl dit vragen zijn die in Nederland nog tot voor kort nauwelijks leken te spelen, maar nu toch echt de kop beginnen op te steken.

Iets abstracter geformuleerd gaat het hier om de vraag hoe ver wij willen gaan als het om gedragsverplichtingen voor medeburgers gaat ter voorkoming van en bij de bestrijding van veiligheidsrisico's. Geldt ook hier zoiets als een voorzorgsbeginnsel? Of zelfs een schadevoorkomingsplicht?⁵³ Wordt 'handelingsverantwoordelijkheid' in toenemende mate overvleugeld door wat als 'actorverantwoordelijkheid' door het leven zou kunnen gaan (men had kunnen ingrijpen maar deed niets of te weinig)? Het is tijd om daarop nader in te zoomen. Daartoe is nodig dat eerst de aandacht wordt gevestigd op de mogelijke grondslagen voor aansprakelijkheid, in § 3.2, waarna in § 3.3 de mogelijke aansprakelijkheid wegens nalaten kort in het algemeen wordt besproken, omdat het in de hier besproken gevallen vaak om een vorm van (al dan niet onrechtmatig) nalaten zal gaan. Daarna komen de eisen die het EVRM stelt en enkele vergelijkbare gevaltypen uit de Nederlandse rechtspraak aan de orde in § 3.4 en § 3.5, voordat ik in § 4 enkele lessen trek.

3.2 *Mogelijke grondslag voor aansprakelijkheid?*

Feitelijk gaat het in de zaken die hier ter discussie staan om een door een primaire dader (te kort: de 'crimineel') gepleegde daad waartegen door een mogelijk secundaire dader, adequate beveiliging had moeten worden geboden. Speciaal interessant wordt het als de

⁵³ Zie daarover Keirse 2009.

secundaire dader niet (langer) een onderdeel van de overheid is, maar een particulier die (een overheidstaak heeft overgenomen en) een publieke taak uitoefent, zoals een woonstichting. De primaire dader valt 'weg' wegens insolventie of onvindbaarheid en dus komt het gedrag, veelal het nalaten, van de secundaire dader in de schijnwerpers te staan. Tussen het slachtoffer en die secundaire dader kan een specifieke juridische relatie bestaan, bijvoorbeeld die van huurder/verhuurder. Dan kan de onderliggende contractuele verhouding relevant worden, zeker als het contract deze kwestie zou regelen. Dat laatste ligt wat mij betreft echter niet direct voor de hand omdat het gedrag en de mogelijke schadelijke effecten van (het gedrag van) derden in een overeenkomst tussen twee andere partijen lastig te reguleren zijn, als deze bij de contactssluiting al te voorzien zijn. En als ze inderdaad voorzienbaar zijn, dan rijst de vraag of de partijen dan niet nadere afspraken hadden moeten maken en of een vrijtekening van aansprakelijkheid dan nog wel mogelijk is, althans zou moeten zijn.

In het meer voor de hand liggende geval dat het contract, bijvoorbeeld de huurovereenkomst, geen uitsluitel geeft over hoe om te gaan met externe schadelijke invloeden (door derden),⁵⁴ kan een contractspartij of in zijn algemeenheid een beroep doen op de algemene open norm van de toerekenbare tekortkoming in de nakoming (de nakoming is dan onvoldoende omdat er te weinig veiligheid geboden werd) of de even open en algemene onrechtmatige daad inroepen. Of het een dan wel het ander als grondslag dient, is in wezen om het even, omdat de vraag welke mate van zorg verlangd kan worden van de ander (de verhuurder, etc.) in de kern gelijk op loopt in beide situaties. De vraag is steeds: heeft deze ander een zorgplicht naar Nederlands recht, en zo ja, hoe ver strekt die dan?⁵⁵ De zorg die iemand als bijvoorbeeld verhuurder onder het contract zal moeten leveren, zal niet wezenlijk anders liggen dan de zorg die buitencontractueel op grond van het maatschappelijk verkeer gevegd kan worden, want het gaat om de vereiste mate van inspanning en niet om een resultaatsverbintenis (tenzij het contract precies dat bepalen zou, hetgeen niet licht invoelbaar is). Dat betekent dan tevens dat het uitgangspunt voor de bepaling van de mate van zorg steeds kan worden gevonden in de regels uit het *Kelderluik*-arrest, zowel in contractuele situaties als daarbuiten.⁵⁶ Maar, de positie van de gedaagde als contractspartij ten opzichte van het slachtoffer kan die zorg wellicht wel nog nader inkleuren,⁵⁷ net zoals

54 De algemene omschrijving van een 'gebrek' aan het verhuurde in art. 7:204 lid 2, is in elk geval niet toegespitst op de hier besproken typen gevallen, hoewel dat onverlet laat dat een veiligheidsgebrek wellicht wel als zodanig gebrek is te beschouwen. Asser/Abas 2007, nr. 25, vermeld veel lagere rechtspraak, maar geen voorbeelden van een veiligheidsgebrek zoals dat hier bedoeld is.

55 In de VS is dat ook niet anders. De aansprakelijkheid van een 'landlord' kan gebaseerd worden op de 'tort of negligence' of op een 'implied obligation tot protect' de huurder, zie bijv. Weiss 1984-1985, p. 785. Zie ook Markatos 1991.

56 Zie HR5 november 1965, NJ 1966/136 (*Kelderluik*).

57 Dat er een zekere mate van zorg van de secundaire dader jegens het slachtoffer nodig is, is bij een al bestaande contractuele verhouding (zoals een huurovereenkomst) waarschijnlijk eerder invoelbaar (partijen staan

dat het geval is met de notie dat het hier veelal om een nalaten gaat, alsmede met de eisen uit het EVRM.

Nu de in Nederland bekende risicoaansprakelijkheden zich in de hier bedoelde gevaltypen niet aandienen – als aan de voorwaarden ervoor voldaan kan worden in een specifiek geval, zal er uiteraard een beroep worden gedaan op de betreffende risicoaansprakelijkheid – is uit het onrechtmatige daadsrecht art. 6:162 BW van belang.⁵⁸ Het gaat hier in beginsel niet om bijvoorbeeld de aansprakelijkheid van ouders voor daden van hun kinderen of om de werkgever die in moet staan voor zijn werknemers. Omdat er tussen de primaire en secundaire dader geen voorafgaande relatie bestaat, kunnen die en andere vormen van aansprakelijkheid (niet-ondergeschikten en vertegenwoordigers) buiten beschouwing blijven. Dat geldt ook voor de aansprakelijkheden voor zaken, opstellen, gevaarlijke stoffen, dieren, producten, etc, want dergelijke zaken/dieren spelen hier typischerwijs geen rol.

3.3 *Mate van zorg? Nalaten*⁵⁹

Net als in de VS, zal de mogelijke onzorgvuldigheid van een secundaire dader in Nederland veelal draaien om de vraag of ten onrechte nagelaten is meer/bepaalde voorzorg te nemen om handelingen van criminele derden te voorkomen of qua effecten te beperken. Het gaat dus ook hier om aansprakelijkheid op grond van een nalaten.

Het waarschijnlijk bekendste werk over aansprakelijkheid wegens nalaten in Nederland is het preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking van Van Dam.⁶⁰ Hij geeft daar aan dat ten eerste relevant is – en dat is een wezenlijk uitgangspunt – dat nalaten in beginsel hetzelfde behandeld dient te worden als een handelen; art. 6:162 BW omvat immers beide en maakt geen onderscheid.⁶¹ Dat is overigens zeker niet altijd zo geweest. Denk bijvoorbeeld aan de puur passieve houding van de overbekende juffrouw uit het arrest *Zutphense waterleiding* die geweigerd had om de hoofdkraan uit te draaien

dichter bijeen, de aangesprokene wordt wellicht minder snel gezien als een derde), maar over *de mate van zorg* zegt dat nog niets (en de overeenkomst, als gezegd, waarschijnlijk ook niet).

58 Wel is het zo dat de bestaande risicoaansprakelijkheden een aantal gevaltypen kunnen afdekken die anders wellicht via de hier besproken route van de onrechtmatige daad van een secundaire dader zouden moeten lopen (waar dat dan typischerwijs niet gewenst zou zijn), zoals de aansprakelijkheid van ouders voor daden van kinderen. Dat betekent dat de besproken route minder vaak zal hoeven te worden ingezet.

59 Zie Giesen 2005a, p. 63 e.v., waarop het hierna volgende is gebaseerd. Voor Amerikaans recht, zie ook Prosser/Keeton 1984, p. 373 e.v.

60 Van Dam 1995, ten dele overgenomen in Van Dam 2000, nr. 1600 e.v. Zie echter ook Kortmann 2005 voor Engels, Frans en Duits recht inzake aansprakelijkheid wegens nalaten. Voor de VS, zie ook nog White 2003, p. 302–306.

61 Van Dam 1995, p. 40. Expliciet ook zo Smits 2000, p. 8. Zie verder Kortmann, 2004, p. 137, die de eis dat er een bijzondere relatie (bijvoorbeeld met het slachtoffer of een zaak) zou moeten bestaan, waarover hierna meer, afwijst. Zo'n eis is niet in lijn met het systeem en is geen voorwaarde voor aansprakelijkheid. Dat is op zich een terechte opmerking, maar die relaties kleuren de zorgplicht wel zodanig dat er mijns inziens apart aandacht aan besteed zou moeten worden.

en zo de schade aan de partij leer in de kelder van het pand verergerde, een houding die op dat moment nog niet zo kwalijk werd bevonden dat deze tot aansprakelijkheid zou moeten leiden.⁶²

Ten tweede is het *Struikelende broodbezorger*-arrest van belang.⁶³ Op basis van de regel uit dat arrest bestaat er bij gevallen van zuiver nalaten⁶⁴ (enkel) een rechtsplicht tot handelen – denk aan de plicht om het gevaar op te heffen of om te waarschuwen – en daarmee potentieel aansprakelijkheid, indien ‘de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen’ of indien de aangesprokene een speciale relatie heeft met het slachtoffer of de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet.

Omdat de eerste situatie nogal lastig ligt (en in elk geval een bewijsprobleem met zich brengt) en vrijwel niet tot wasdom is gekomen in de rechtspraak, richt ik me hier verder op de tweede situatie. Als voorbeeld van een geval waarin er een speciale relatie tot een plaats (of breder: een onroerende zaak) bestond, zodat een plicht tot handelen acceptabel was, noem ik het bekende *Staat/Daalder*-arrest⁶⁵ waarin het verwijt was dat de overheid nagelaten had om te waarschuwen voor het gevaar van veenbroei in een door haar beheerd natuurgebied. In aansluiting daarop zal degene die een vliegveld exploiteert, er voor moeten zorgen dat er ten minste deugdelijk gewaarschuwd wordt voor de gevaren van een ‘jetblast’,⁶⁶ ook als die jetblast zich uitstrekt tot op het (aanpalende) terrein van een ander. Of enkel een waarschuwing afdoende is, is afhankelijk van de vraag of deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor het gevaar wordt vermeden.⁶⁷ In beide gevallen is het echter goed denkbaar dat een private organisatie (een vereniging die een recreatiegebied ontplooit of een NV die een luchthaven drijft) de in elk geval deels als ‘publiek’ beschouwde taken (recreatiemogelijkheden bieden; luchtvervoer (infrastructuur) mogelijk maken) op zich neemt.

62 Zie HR 10 juni 1910, W. 9038 (Zutphense waterleiding), en Van Dam 1995, p. 39. Er bestond (toen nog) geen rechtsplicht om te handelen.

63 HR 22 november 1974, NJ 1975/149 (*Struikelende broodbezorger*), en daarover onder andere Asser/Hartkamp/Sieburgh 2011, nr. 60 en 74; Van Dam 2000, nr. 1601; Van Dam 1995, p. 41 e.v. Daarnaast kan ook de strafrechtelijke aansprakelijkheid van art. 450 Sr (die indien vastgesteld, ook tot civielrechtelijke aansprakelijkheid zal leiden) nog van belang zijn, maar dat artikel ziet op vrij specifieke situaties (ogenblikkelijk levensgevaar), zodat het vanuit civielrechtelijk perspectief weinig toevoegt aan hetgeen nog volgt.

64 Nogmaals, het gaat dan om die gevallen waarin de aangesprokene geen bijdrage heeft geleverd aan het ontstaan van het gevaar of de risico's die uiteindelijk de schade hebben doen intreden, maar enkel de realisering van dat gevaar of risico niet heeft tegengehouden of er niet voor heeft gewaarschuwd.

65 HR 27 mei 1988, NJ 1989/29 (*Staat/Daalder*). Zie recenter Rb. Oost-Brabant 12 november 2013, JA 2014/27 (X./Het Noord-Brabants Landschap). Voor een gelijksoortige regel naar Amerikaans recht zie Harper/Kime, p. 903.

66 Het gaat dan kort gezegd om de stuwkracht die vrij komt aan de achterzijde van een vliegtuig als dat gaat opstijgen. Deze kan een persoon de lucht in slingeren.

67 Zie over het voorgaande HR 28 mei 2004, NJ 2005/105 (*Jetblast*), met name r.o. 3.4.2 en 3.4.3., alsmede Giesen 2005b.

Evenzeer heeft de organisator van een sportwedstrijd rekening te houden met de omstandigheden van het terrein waarop de wedstrijd gehouden wordt. Onveilige plekken dienen afgeschermd te worden.⁶⁸ Denk ook aan de plicht van exploitanten van cafe's, hotels, stadions in hun rol als toezichthouder om de bezoekers van de door hen geëxploiteerde onroerende zaak te beschermen tegen crimineel gedrag van een derde.⁶⁹ Men zou hier ook nog de mogelijke aansprakelijkheid van waterschappen in verband met het waterbeheer kunnen noemen,⁷⁰ maar dat is typisch een overheidstaak die (nog?) niet geprivatiseerd is.⁷¹

Een voorbeeld van een geval waarin de relatie tussen de (secundaire) dader en het *slachtoffer* naar voren komt, al gaat het daarin niet om een geval van inadequate veiligheid door het criminele handelen van een ander, is het *De Heel/Korver*-arrest waarin aansprakelijkheid van het ziekenhuis ten opzichte van de uit zijn bed gevallen Korver werd aanvaard, omdat nagelaten was om ofwel voldoende op te letten, ofwel onrusthekken aan het bed te plaatsen.⁷² De rechtvaardiging hiervoor is – en dat is ook hier interessant – dat het slachtoffer in dit geval erop mocht vertrouwen dat een ander voor zijn veiligheid waakt, aldus Van Dam.⁷³

Een 'relatie' met in elk geval het (latere) *slachtoffer* (doch ook enigszins met de *primaire dader*) was aanwezig in de kwestie waarin de politie aansprakelijk werd gesteld in verband met het bewust doorgang laten vinden van een (tevorens bekende) roofoverval waarbij het slachtoffer van de overval vervolgens gedood werd. In dit geval wist de politie vooraf wie de overval zou plegen, waar en wanneer die gepleegd zou worden en op wie die gepleegd zou worden. Bovendien wist men dat er geweld gebruikt zou worden en had men geruchten vernomen dat er vuurwapens in het spel zouden kunnen zijn. Men wilde de daders echter op heterdaad pakken. Het nalaten het slachtoffer van deze overval te beschermen of ten minste te waarschuwen (vgl. de al besproken *Tarasoff*-zaak), leidde tot aansprakelijkheid

68 Zie Hof Arnhem 10 november 1998, *NJ* 2002/264 (Stichting Skeeler Marathons/Faber) waarin de organisatie van een skeelerwedstrijd die verantwoordelijk was voor de veiligheid van het parcours, verweten wordt een boom net naast het parcours niet afgedekt te hebben (met kussens, strobalen, netten, etc.). Zie ook Rb. Arnhem 14 november 2011, *JA* 2012/17 (Berg tot Berg Race): omdat valpartijen van deelnemers voorzienbaar waren, had het parcours van een mountainbikewedstrijd beter afgezet moeten worden om toeschouwers te beschermen.

69 Zie Van Dam 2000, nr. 1207.

70 Zie bijvoorbeeld HR 8 januari 1999, *NJ* 1999/319 (Waterschap West-Friesland/Kaagman).

71 Daarnaast kan ook de relatie tussen een persoon en een *roerende zaak* tot een plicht om te handelen aanleiding geven. Zo kan iemand aansprakelijk zijn indien er een ongeval is gebeurd met een auto die ergens onbeheerd, met de sleutel in het contact, tijdelijk is geparkeerd en vervolgens meegenomen wordt, zie HR 2 december 1966, *NJ* 1967/42 (Haringkar), en Van Dam 1995, p. 65 e.v.

72 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/175 (De Heel/Korver), en Van Dam 2000, nr. 1511–1512. Falend toezicht door scholen, leidend tot schade bij leerlingen, valt hier ook onder. Zie nader Pajmans 2013, m.n. p. 145 e.v.; Van Dam 2000, nr. 1506.

73 Zie Van Dam 1995, p. 80 en 92.

(van de Staat).⁷⁴ Het nalaten van de overheid (onvoldoende instaan voor de veiligheid van de burger), was extra zwaarwegend omdat de politie tevoren wist wat er gebeuren ging.

Van Dam gaat in de sfeer van de 'speciale relaties' nog iets verder, en dat is voor het Nederlandse recht niet onbelangrijk. Hij onderscheidt namelijk ook nog die gevallen – zoals men dat ook in de Verenigde Staten doet – waarin er een speciale relatie tot '*de primaire dader*' bestaat als een mogelijkheid om (toch) aansprakelijkheid voor nalaten te vestigen. Een school dient bijvoorbeeld leerlingen te beschermen tegen schadelijke gedragingen van mede-leerlingen (doch eventueel ook van derden);⁷⁵ hetzelfde geldt voor degene die toezicht houdt op psychiatrische patiënten en gevangenen.⁷⁶ Dat alles is in het kader van deze bijdrage natuurlijk speciaal van belang – als er een speciale relatie bestaat tussen de aangesproken secundaire dader en de primaire dader, is dat een aanwijzing voor het bestaan van een zorgplicht – maar dat zal uiteraard niet steeds het geval zijn.

3.4 *Mate van zorg? Het EVRM*⁷⁷

In Nederland komt, ook bij vragen van aansprakelijkheidsrecht, steeds pregnanter de invloed van het EVRM om de hoek kijken. Belangrijk is dan met name (de ontwikkeling van) art. 2 EVRM. Dat artikel behelst bijvoorbeeld, in elk geval voor de nationale autoriteiten (grof gezegd: de overheid), de positieve verplichting om gepaste stappen te zetten om het leven te beschermen van een ieder die onder haar rechtsmacht ressorteert.⁷⁸ Daarbij volstaat het niet altijd om strafbepalingen op te nemen om misdrijven tegen het leven af te schrikken. Onder omstandigheden verplicht dit artikel de overheid ook om preventief op te treden ter bescherming van een burger, bijvoorbeeld indien diens leven gevaar loopt als gevolg van criminele handelingen van een ander.⁷⁹ Vereist is dan wel dat aangetoond wordt dat

74 Zie Hof Den Haag 9 december 1976, *NJ* 1977/381 (Maat/Staat).

75 Zie Pajmans 2013. Zie ook Rb. Zwolle 6 januari 2010, *JA* 2010/33 (Openbaar Onderwijs Zwolle) inzake de schade van een leerling die onder invloed van een loverboy is geraakt. De vordering werd afgewezen.

76 Zie Restatement (3rd) of Torts, Liability for Physical and Emotional Harm, § 40–41 (voorheen § 315 sub a Restatement (2nd) of Torts). Zie Van Dam 1995, p. 48 en p. 71 e.v., en Van Dam 2000, nr. 1601 en 1408–1410.

77 Zie nader Giesen 2005a, p. 71–72. Vgl. tevens over deze materie Engelhard 2010, maar zij richt zich specifiek op de mogelijke aansprakelijkheid van (semi-)overheidsorganen via het EVRM.

78 Over positieve plichten in het algemeen Gerards 2011, p. 229 e.v. Uit art. 3 EVRM volgt bovendien nog de plicht van de Staat om maatregelen te nemen zodat personen die onder zijn rechtsmacht ressorteren, niet worden onderworpen aan mishandeling. De autoriteiten moeten redelijke stappen nemen om mishandeling waarvan zij kennis hadden of konden hebben, te voorkomen. Zie EHRM 10 mei 2001, *NJB* 2001, 29 (Z. e.a./Verenigd Koninkrijk). Vgl. ook de zaak EHRM 28 januari 2014, Appl.nr. 35810/09 (O'Keeffe t. Ierland) (staatsaansprakelijkheid vanwege het niet voorkomen van misbruik op een niet-openbare school) waarover Drion 2014, p. 445.

79 Zie Gerards 2011, p. 269–270; EHRM 14 maart 2002, *NJB* 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk); EHRM 3 april 2001, *NJB* 2001, 24 (Keenan/Verenigd Koninkrijk); EHRM 24 oktober 2002, *NJB* 2002, 52 (Mastro-matteo/Italië), en EHRM 28 oktober 1998, *NJ* 2000/134 (Osman/Verenigd Koninkrijk), § 115, voortbouwend op EHRM 9 juni 1998, *NJ* 1999, 283 (L.C.B./Verenigd Koninkrijk).

de autoriteiten op de hoogte waren of hadden moeten zijn van een reëel en onmiddellijk gevaar voor het leven van specifieke personen en dat zij hebben nagelaten maatregelen te treffen die men redelijkerwijze had mogen verwachten om het gevaar af te wenden. Het is namelijk niet zo dat elke mogelijkheid van geweld voorkomen moet worden, en de last voor de aangesprokene (hier: de overheid) mag niet disproportioneel zijn.⁸⁰

De voorzienbaarheid van het gevaar is hier, zo blijkt uit de genoemde voorwaarden, van groot belang. Indien bijvoorbeeld redelijkerwijs voorzienbaar was dat een gevangene, gezien zijn psychische toestand, een gevaar voor een andere gevangene zou kunnen zijn, mogen zij niet bij elkaar in één cel gezet worden. Daarop dient toegezien te worden en indien dat onvoldoende gebeurt, kan dat tot aansprakelijkheid van de gevangenisautoriteit leiden.⁸¹ In het EVRM is wat dit aangaat geen steun te vinden voor terughoudendheid ten aanzien van (de aansprakelijkheid wegens nalaten door) secundaire daders, mits die secundaire dader de overheid betreft. Als er ergens steun voor gevonden kan worden, is dat veeleer voor het tegendeel. Of zoals Smits het eerder al formuleerde: 'art. 2 EVRM fungeert hier als bron van aansprakelijkheid in de verhouding overheid-burger.'⁸²

Daarmee zijn we er echter nog niet, want het gaat in deze bijdrage om nalaten door een private partij, en juist niet de overheid. De verbinding tussen beide mogelijkheden is echter duidelijk, want als de eerder bedoelde gevangenisautoriteit nu (toevallig) geen overheidsorgaan was geweest (steeds vaker zien we privaat gerunde gevangenissen ontstaan), zou dan niet dezelfde norm moeten gelden?⁸³ In dit verband is echter vooral nog van belang dat het EHRM ook eisen kan stellen aan privaatrechtelijk handelen van overheidsorganen, en dat het EVRM kan worden ingeroepen in die gevallen waarin de uitoefening van een publieke taak is overgedragen aan een privaatrechtelijke rechtspersoon.⁸⁴

Om met het eerste te beginnen: ook als de overheid privaatrechtelijk handelt, geldt gewoon het EVRM; de overheid is de overheid. Er speelt dan echter meteen een vorm van horizontale werking van het EVRM, inclusief art. 2 EVRM, omdat de privaatrechtelijk

⁸⁰ Zie al EHRM 14 maart 2002, *NJB* 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk), waaruit volgt dat gedetineerden zich in een kwetsbare positie bevinden en bescherming behoeven; EHRM 3 april 2001, *NJB* 2001, 24 (Keenan/Verenigd Koninkrijk), waaruit blijkt dat dit in beginsel ook geldt in die gevallen waarin iemand zichzelf in gevaar brengt (zelfmoord in gevangenis), en EHRM 24 oktober 2002, *NJB* 2002, 52 (Mastromatteo/Italië). Het Hof verwijst daarbij naar de *Osman*-zaak, zie EHRM 28 oktober 1998, *NJ* 2000/134 (Osman/Verenigd Koninkrijk), § 116. De hier genoemde, uit de *Osman*-zaak voortvloeiende algemene beginselen gelden ook bij risico's voortvloeiend uit milieuvraagstukken (zoals bij een ontploffing op een vuilnisbelt), zie EHRM 18 mei 2002, *NJB* 2002, 38 (Öneryildiz/Turkije).

⁸¹ Vgl. het feitencomplex in EHRM 14 maart 2002, *NJB* 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk).

⁸² Smits 2003, p. 144. Vgl. ook de noot van Albers onder Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004/69 (Enschede).

⁸³ Bedenk daarbij dat de Hoge Raad niet schroomt om de eisen uit het EVRM in gevallen waarin het EVRM eigenlijk geen gelding heeft, via de route van de werking van de algemene rechtsbeginselen (die de EVRM-eisen dan mede omvatten), toch te laten gelden, zoals in het geval van schending van de redelijke termijn is gebeurd, zie HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736 (X./De Bilt).

⁸⁴ Zie Gerards 2011, p. 286 e.v., en de noot van Vranken, nr. 7, onder EHRM 12 januari 2012, *NJ* 2013/313 (Gorovenky en Bugara/Oekraïne).

handelende overheid dan in een horizontale verhouding tot de wederpartij staat. Dat is mede hierom van belang omdat de term ‘overheid’ ruim wordt uitgelegd: het gaat om het uitoefenen van een publieke taak, bij wet toegekend en die onder toezicht van de overheid wordt uitgevoerd.⁸⁵

Daarbij past, en dat is het tweede punt, dat de overheid niet haar verantwoordelijkheid kan afschuiven door een privaatrechtelijke organisatie een publieke taak te laten uitvoeren. Het als het ware tussenschuiven van bijvoorbeeld een private stichting, ontslaat de overheid niet van haar aansprakelijkheid. De tussengeschoven stichting zal in zo een geval, net als elk ander overheidsorgaan, het EVRM moeten toepassen en de EVRM-rechten effectief moeten beschermen.⁸⁶

3.5 *Zorgplicht: een nadere invulling*⁸⁷

3.5.1 *Inleiding*

De specifieke vraag die voorligt, namelijk of en wanneer een secundaire dader aangesproken kan worden na een criminele handeling van de primaire dader, specifiek in gevallen waarin het een private (wellicht voorheen publieke) rechtspersoon is die een (semi)publieke taak uitoefent, is nog nauwelijks aan bod geweest in de Nederlandse rechtspraak. We moeten de diverse factoren die de *Kelderluik*-afweging ons aanreikt, inclusief het gegeven dat het veelal om een nalaten zal gaan, zodat de relatie tussen de aangesprokene en de omgeving alsmede de andere betrokkenen van belang wordt, dan ook betrekkelijk zelfstandig invullen.

Als wij echter de zoektocht en analyse iets verbreden door ook enkele aanpalende, niet helemaal passende gevallen in de beschouwing te betrekken, kunnen we toch een indruk krijgen over hoe er tot nu toe in de (vooral lagere) rechtspraak wordt omgegaan met gevallen waarin secundaire daders, ook als ze wellicht niet als zodanig aangeduid worden, aansprakelijk worden gesteld in verband met schade bij het slachtoffer welke in eerste instantie veroorzaakt is door een criminele handeling van een ander. Men komt dan onder andere de volgende (soortgelijke) gevallen tegen.⁸⁸

⁸⁵ Gerards 2011, p. 286–288.

⁸⁶ Gerards 2011, p. 288–291; EHRM 16 juni 2005, Appl.no. 61603/00 (Storck/Duitsland), § 103.

⁸⁷ Ik leun in deze paragraaf sterk op Giesen 2005a, p. 115 e.v.

⁸⁸ Ik merk daarbij op dat het navolgende niet pretendeert een volledig beeld van de (lagere) rechtspraak te geven. De rechtspraak waarbij scholen betrokken zijn (mede in verband met deze redelijk zware zorgvuldigheidsnorm – op onderwijzers rust een bijzondere zorgplicht ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van de leerlingen – zijn onderwijsinstellingen in Nederland behoorlijk aantrekkelijke gedaagden), bespreek ik in het geheel niet, zie uitvoerig Pajmans 2013, m.n. hoofdstuk 5, 6 en 7, die concludeert dat de school een zorgplicht heeft jegens leerlingen, ook ten aanzien van handelingen van ‘buitenstaanders’ (medeleerlingen). De eventuele onzorgvuldigheid van die primaire veroorzakers kwalificeert (in beginsel) echter meestal niet als strafrechtelijke gedraging.

3.5.2 *De Kelderluik-afweging en beleidsvrijheid*

Op grond van het *Kelderluik*-arrest, en de bewerking daarvan door Van Dam⁸⁹ tot een specifiek toetsingskader voor het ontstaan en bestaan van ongeschreven zorgplichten, zal voor de secundaire dader moeten worden bepaald of de mate van risico die zich voordeed, gecounterd is door de juiste mate van zorg, gegeven die risico's. De kans op een ongeval en de ernst van de schade als zich een ongeval voordoet, moeten daarbij worden afgezet tegen de aard en het nut van de gedraging en de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen. Die afweging zal in elk specifiek geval opnieuw gemaakt moeten worden, specifiek voor de degene die de veiligheidsinbreuk door de primaire dader niet voorkomen of tegengegaan heeft, zodat algemeen geldende regels lastig te geven zijn. Wel kan uiteraard geleerd worden van (zoveel mogelijk vergelijkbare) gevallen die zich eerder al hebben voorgedaan. Dat soort gevallen zal dan ook hierna nog worden besproken.

Voordien kan echter in zijn algemeenheid wel nog het navolgende worden gezegd over die afweging van factoren. Ten eerste dit dat alvorens aansprakelijkheid aanvaardbaar is, er wel een mogelijkheid tot ingrijpen moet (hebben) bestaan.⁹⁰ De secundaire dader moet op enig moment enige mate van voorzorg hebben kunnen nemen, anders komt de (aansprakelijkheidsrechtelijke) lat te hoog te liggen. Dat is van belang, omdat niet alle onheil afwendbaar is; soms heeft iemand gewoon pech.

Ten tweede zal het duidelijk zijn dat de secundaire dader het gevaar of risico niet zelf in het leven heeft geroepen; deze is slechts een nalaten te verwijten. Daarbij geldt dan, zoals besproken, dat voor het aannemen van aansprakelijkheid vereist is dat er een plicht tot handelen bestond. Zo'n plicht zal alleen kunnen bestaan als er sprake was van enigerlei vorm van wetenschap bij de secundaire dader: wist hij of behoorde hij in alle redelijkheid te weten van het gevaar of risico in kwestie? Die vraag zal zich veelal vertalen in de vraag of er concrete aanwijzingen bestonden voor de secundaire dader dat er een gevaar op de loer lag, zodat er een plicht tot handelen kon ontstaan.⁹¹ Daarbij kan wellicht aansluiting worden gezocht bij het EHRM-criterium van het 'op de hoogte waren of hadden moeten zijn van een reëel en onmiddellijk gevaar'. Als dus de verhuurder van een appartementen-complex weet dat het aantal inbraken, etc. in de buurt hoog ligt, en hij tevens weet dat de beveiliging van het pand 'lek' is, dan is in alle redelijkheid die wetenschap aan te nemen, en is ingrijpen dus nodig, op straffe van aansprakelijkheid. In dit verband is het mijns inziens overigens ook mogelijk om aan te haken bij het onderscheid (en denkkader) dat ik eerder verdedigde in verband met de aansprakelijkheid van toezichthouders, namelijk het onderscheid tussen algemeen (toezichts)falen en concreet (toezichts)falen, waarbij het bestaan van concrete aanwijzingen van een misstand de grens tussen beide typen falen

⁸⁹ Van Dam 2000, nr. 801 e.v.

⁹⁰ Van Tilburg 2012, p. 24.

⁹¹ Vgl. Van Tilburg 2012, p. 21.

vormt.⁹² Het voordeel daarvan is dat er daarmee meteen meer houvast in de jurisprudentie en doctrine is te vinden bij het zoeken naar concrete normen waaraan secundaire daders gehouden kunnen worden.

Alvorens we hierna specifiek naar dat soort normen op zoek gaan, eerst nog dit. Voor zover de overheid in rechte wordt betrokken, wordt als verweer tegen (vergaande) aansprakelijkheid regelmatig (en geregeld succesvol) ingebracht dat die overheid beleidsvrijheid geniet, en dus tot op zekere hoogte eigen keuzes kan maken.⁹³ Opvallend aan de hier besproken gevallen, waarin de secundaire, maar aangesproken dader juist geen overheidsorgaan is, is dat die beleidsvrijheid als verdedigingslinie dan dus niet inroepbaar is; het eigen belang dat een private partij (anders dan de overheid) dient en mag dienen, vormt geen verweermiddel.⁹⁴ Het in feite toch wel verbazingwekkende gevolg daarvan is dus dat privatisering tot een mogelijk ruimere aansprakelijkheid leidt dan die welke voorheen aanvaard kon worden; en dat terwijl het materieel gesproken om één en hetzelfde feitencomplex gaat (alleen de aangesproken persoon heeft een ander statuut). Dat is een nevengevolg van privatisering dat niet iedereen altijd helemaal helder voor de geest zal hebben staan, en dat tot (wat mij betreft) onwenselijke verschillen in uitkomst aanleiding kan geven. Hoe die ongelijkheid dan verder zou moeten worden opgelost (meer aansprakelijkheid voor de overheid, of juist minder aansprakelijkheid voor private secundaire daders?), is voor nu vers twee.⁹⁵

Wat daarvan verder ook zij, als mogelijke illustraties van de voorgaande afweging en bijbehorende factoren, kunnen de navolgende voorbeelden uit de Nederlandse lagere rechtspraak dienen.⁹⁶

3.5.3 Sportverenigingen

Ten eerste kort de gevallen waarin sportverenigingen schadevergoedingsvorderingen op zich af zien komen. De rechtspraak lijkt hier streng te zijn, gegeven de (letstel)schade die kan ontstaan.⁹⁷ Bekend in dit verband is natuurlijk het *Turnster*-arrest waarin geoordeeld

⁹² Zie nader Giesen 2005a, p. 23 en 116–117, overgenomen door Paijmans 2013, p. 227–228.

⁹³ Recentelijk nog Van Tilburg 2012, p. 25–26. Zie met name nog HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (Reaal/Deventer), waarin in een geval van wegbeheerdersaansprakelijkheid door de Hoge Raad strenge eisen aan de stelplicht zijn gesteld voor zover het gaat om de onderbouwing van het gebruik van de beleidsvrijheid (ten minste voor zover het om de gebrekkige financiële mogelijkheden van de overheid gaat), en daarover Hartlief 2014, p. 1307.

⁹⁴ Althans: het is slechts in zoverre een ‘verweer’ dat een inbreuk op iemands individuele vrijheid door een plicht tot handelen aan te nemen, minder voor de hand ligt, zeker in de VS, waar juist dit punt reden is voor het uitgangspunt dat er geen ‘affirmative duty’ is, tenzij anders blijkt.

⁹⁵ Een tipje van de sluier: gelijkheid is uiteraard belangrijk en immuniteiten voor de overheid juich ik niet toe, zie eerder Giesen 2005a, p. 195–196.

⁹⁶ Ik ontleen veel van het navolgende aan Giesen 2005a, p. 121 e.v.

⁹⁷ Zie Giesen 2005a, p. 121, verwijzend naar Hof Arnhem 14 maart 2000, NJ 2002/289 (Kirsty P./K. en KNGB) waarin beslist werd dat er ook aandacht geschonken moet worden aan blessures die de turnsters niet melden,

werd dat een turnvereniging bijzondere voorzorgsmaatregelen moet nemen om de veiligheid van de deelnemers te waarborgen als een bepaald risico, zoals een val, niet altijd te voorkomen is.⁹⁸ Dit is overigens geen geval van ‘inadequate veiligheid’ in de hier besproken zin, waarbij er duidelijk verschillende primaire en secundaire daders en een slachtoffer te ontwaren is. Immers, het slachtoffer en de primaire dader vallen hier samen, zijn één persoon. Er is echter naast deze persoon nog een betrokkene, de secundaire dader, die duidelijk een controlerende functie heeft en in staat is de schade te voorkomen.⁹⁹

Minder bekend, maar wel een parallelgeval, is dat van de rugbyvereniging en de trainer die aansprakelijk werden gesteld voor de dwarslaesie die één van de spelers van de eigen vereniging opliep nadat deze onervaren speler op de gevaarlijke eerste rij van de ‘scrum’ werd opgesteld en vol onder de kin geraakt werd door een tegenstander, de primaire veroorzaker, die in casu waarschijnlijk niet onrechtmatig (sport en spel) of strafrechtelijk verwijtbaar handelde.¹⁰⁰ De aansprakelijkheid van sportverenigingen is overigens niet onbegrensd. Een trainer hoeft bijvoorbeeld niet te letten op die jongens die niet bij de door hem gegeven training betrokken zijn, bijvoorbeeld omdat hun training pas later begint.¹⁰¹

3.5.4 (Psychiatrische) Instellingen en therapeuten

Meer archetypische voorbeelden van de besproken kwestie zijn die gevallen waarin een psychiatrische inrichting aansprakelijk wordt gesteld vanwege de schade die één van de patiënten van de inrichting toebrengt aan zichzelf, met alle mogelijke gevolgen voor een derde,¹⁰² of direct aan een derde. Daarbij gaat het niet altijd om letselschade, maar dat zou zeer wel het geval kunnen zijn.¹⁰³ Uit deze gevallen valt mijns inziens af te leiden dat er

-
- en Rb. Arnhem 8 juli 1994, VR 1995, 100 (Van den Berg/Nebo) waarin bepaald werd dat bij zaal hockey tijdens de gymles voortdurend toezicht nodig is.
- 98 HR 6 oktober 1995, NJ 1998/190 (Turnster).
- 99 Eenzelfde verhouding deed zich ook voor in het *Skeeler*-arrest, HR 25 november 2005, NJ 2007/141, en in Hof Den Bosch 22 juli 2003, NJ 2004/367 (MON/S.): in dat geval werd de organisator van een motorcross aangesproken door een ten geval gekomen deelnemer die bij die val met een hard voorwerp in aanraking kwam; dat laatste had voorkomen moeten worden.
- 100 Rb. Den Haag 28 oktober 1998, VR 2000, 156 (Van der Meijden/Haagse Rugby Club).
- 101 Zie Rb. Alkmaar 21 september 1967, NJ 1968/128 (Houtenbos/Egmondia). Zie ook Rb. Amsterdam 17 mei 1995, VR 1997, 105 (De V./Z.), waarin een ervaren klimmer aansprakelijk werd gehouden ten opzichte van een onervaren klimmer nadat de ervaren klimmer de onervaren persoon 20–25 meter liet afdalen via een verkeerd soort touw en touwlus.
- 102 Zie Rb. Breda 20 juni 2002, NJ 2003/234 (Grootouders van Nick/Tweesteden Ziekenhuis), waarin de grootouders de kosten van gederfd levensonderhoud voor hun kleinzoon claimen omdat het ziekenhuis de zelfmoord van de moeder van Nick niet heeft tegengegaan. Zie ook Rb. Amsterdam 18 september 2001, JA 2014/25 (ZilverenKruisAchmea/Buitenamstel Geestgronden), waarin de verzekeraar de ziektekosten vordert van de instelling die een zelfmoordpoging van een patiënt had moeten voorkomen. Op grond van het EVRM is de overheid overigens verplicht de nodige zorg te betrachten ten aanzien van suïcidale patiënten, vgl. EHRM 13 maart 2012, Appl.no. 2694/08 (Reynolds/VK), § 61.
- 103 Zie vooral HR 12 mei 1995, NJ 1996/118 (‘t Ruige Veld/Univé), en verder de casus die ten grondslag lag aan HR 16 juni 2000, NJ 2000/584 (St. Willibrord/V.), alsmede Van Dam 2000, nr. 1409 en 1512.

een vrij strenge (zware) zorgplicht bestaat voor de instelling, zeker als de patiënt al eerder weggelopen was zodat de inrichting gewaarschuwd was of had moeten zijn;¹⁰⁴ de voorzienbaarheid is dan gegeven. Bovendien dient er een goed en zorgvuldig uitgewerkt beleid te zijn inzake de omgang met suïcidale patiënten.¹⁰⁵

Eerder besprak ik al de Amerikaanse *Tarasoff*-zaak, het geval waarin de therapeut geen waarschuwing deed uitgaan dat diens patiënt van plan was iemand te vermoorden.¹⁰⁶ Een vergelijkbaar (doch minder toegespitst) probleem speelt in Nederland niet alleen bij Tristan van der V., de Alphense schutter,¹⁰⁷ maar speelde ook eerder al in verband met een veroordeelde wiens TBS voorwaardelijk beëindigd werd.¹⁰⁸ Deze ex-TBS-er stond, dat was één van de voorwaarden voor de beëindiging, verplicht onder behandeling bij therapeut Noltes. Noltes vernam gedurende de therapie onder andere van zijn cliënt dat hij weer aan de alcohol en drugs was, een alarmpistool had en dat hij de neiging had om een met name genoemd persoon te willen vermoorden. Ook had de ex-TBS-er iemand onder dwang zware verdovende middelen laten gebruiken. Therapeut Noltes gaf dit alles niet door aan het openbaar ministerie of een andere instantie. Vervolgens pleegde diens cliënt een gruwelijke moord op Van Wijk. De nabestaanden van het slachtoffer spreken Noltes aan tot schadevergoeding omdat hij niet gewaarschuwd heeft.

Noltes beroept zich op zijn beroepsgeheim, maar de rechtbank passeert dat verweer. Een zorgvuldig handelende therapeut zou in deze omstandigheden (therapie als voorwaarde voor beëindigen van dwangverpleging, mede bedoeld om de veiligheid van anderen te bewaken) de genoemde feiten wél gemeld hebben en daardoor zou het schaderisico aanmerkelijk lager zijn geweest. Een redelijk handelend therapeut heeft dus soms de plicht in redelijke mate er voor te zorgen dat een mogelijk slachtoffer van een gevaar beschermd wordt, en als door openbaarmaking een ernstig gevaar wordt afgewend, moet het vertrouwelijke karakter van de relatie soms wijken. De Beroepscode van Psychotherapeuten bevat daartoe ook een regeling.¹⁰⁹ De therapeut is uiteindelijk overigens niet aansprakelijk gehouden omdat het causale verband in casu niet kon worden vastgesteld.

104 In Hof Leeuwarden 5 juni 1991, *NJ* 1992/78 (Hoeve Boschoord/Nationale Nederlanden) was er bijv. sprake van onzorgvuldig handelen door na een eerdere brandstichting niet te waarschuwen voor de brandgevaarlijkheid van een Tbs-patiënt op proefverlof. Zie verder HR 12 mei 1995, *NJ* 1996/118 ('t Ruige Veld/Univé) en HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/584 (St. Willibrord/V.), en verder Van Dam 2000, nr. 1409. Vgl. tevens nog HR 6 januari 1989, *NJ* 1989/283 (X./Sint Elisabeth's of Groote Gasthuis).

105 Rb. Breda 20 juni 2002, *NJ* 2003/234 (Grootouders van Nick/Tweesteden Ziekenhuis).

106 Zie *Tarasoff v. The Regents of the University of California* 17 Ca. 3d 425; 551 P.2d 334; 131 Cal. Rprt. 14; 83 A.L.R. 3d 1166, waarover § 2.2. Zie inzake het Amerikaanse recht ook nog *Dinnerstein v. United States* 486 F.2d 34 (1973), waarin een patiënt van een veteranenziekenhuis zelfmoord pleegde en het ziekenhuis (in casu de overheid) aansprakelijk werd gehouden omdat die zelfmoord redelijkerwijs voorzienbaar was.

107 Zie in dit verband nader Hendriks 2013, p. 1020–1021.

108 Zie Rb. Assen 16 juli 2003, *NJ* 2003/585 (Van Wijk/Noltes).

109 Rb. Assen 16 juli 2003, *NJ* 2003/585 (Van Wijk/Noltes), r.o. 4.5. Ter vergelijking: de geheimhoudingsplicht van bijvoorbeeld een notaris moet ook wijken als die notaris wetenschap krijgt van bepaalde misdrijven, zie Kortmann 2004, p. 241–242.

In dit soort zaken met psychiatrische patiënten speelt, we zagen dat eerder al, een belangrijke rol dat het soms in het belang van de patiënt en diens genezing kan zijn om de patiënt een zekere vrijheid te geven. Indien vervolgens die vrijheid door de patiënt ‘benut’ wordt om, al dan niet direct, een ander te schaden, kan dat tot aansprakelijkheid van de inrichting ten opzichte van die derde leiden. Daarmee belanden wij bij een dilemma voor de hulpverlener, dat vergelijkbaar is aan het zogenaamde ‘toezichthouderdilemma’ voor toezichthouders. De hulpverlener staat dan voor een keuze die in alle mogelijke varianten nadelen heeft: dient hij de therapie en het genezingsproces te laten prevaleren, of moet hij de risico’s van schade voor derden de doorslag laten geven en dus de therapie aanpassen?¹¹⁰ De rechtspraak laat een wisselend beeld zien, hetgeen in elk geval aanleiding geeft te concluderen dat dit ‘hulpverlenersdilemma’ van (enig) belang is in de juridische afweging.¹¹¹

Ook als het gaat om andersoortige zorginstellingen (denk aan instellingen die bezigheidstherapie of dagbehandelingen verlenen aan gehandicapten) kan het gebeuren dat de instelling aangesproken wordt op basis van de ontoelaatbare handelingen van anderen, bijvoorbeeld omdat de aan de instelling toevertrouwde persoon seksueel misbruikt is binnen de instelling door een andere cliënt.¹¹²

3.5.5 *De omgeving van gebouwen, paden en wegen*

Een geval waarin de hier besproken problematiek vrij scherp naar voren komt, deed zich voor in de zaak waarin de Gemeente Diemen aangesproken werd tot schadevergoeding door Zuninga. De Gemeente zou de begroeiing rond een voetpad bij het station in een zodanige toestand hebben laten verkeren dat de omgeving van het pad een geschikte plek werd voor een overvaller om zich verdekt op te kunnen stellen en iemand te kunnen overvallen. Dat was de eiser overkomen. Bovendien zou de Gemeente hiervan op de hoogte zijn geweest. Opnieuw werd dus niet de eigenlijke dader, de overvaller, aangesproken, maar de secundaire veroorzaker. Aansprakelijkheid werd in dit geval afgewezen, omdat de Gemeente eerder al in die buurt maatregelen genomen had en zich in de periode voorafgaand aan de overval geen onveilige situaties hadden voorgedaan in verband met de

¹¹⁰ Zie Giesen 2005a, p. 140–142, met verdere verwijzingen.

¹¹¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 16 maart 1965, *NJ* 1966/131 (Reesink/Hulp voor Onbehuisden) (geen aansprakelijkheid instelling voor inbraak door jeugdigen onder haar zorg omdat therapie zich niet verdraagt met streng toezicht), en Hof Arnhem 3 juni 1959, *NJ* 1960/188 (The White Cross Insurance Company/Het Oude en Nieuwe Gasthuis te Zutphen) (therapie van bewegingsvrijheid en dus gebrek aan toezicht was in dit geval verantwoord, inrichting dus niet aansprakelijk voor schade door joyriden van patiënt). In twee latere joyride-zaken werd de inrichting echter wel aansprakelijk geacht, zie Rb. Den Haag 13 april 1983, *VR* 1984, 42 (Zwolsche Algemeene/W. van den Bergh Stichting) en Ktg. Wageningen 13 september 1989, *VR* 1990, 88 (Sluiter/Vereniging voor Christelijke Verzorging van Geestes- en Zenuwzieken).

¹¹² Vgl. Knt. Heerenveen 27 juli 2011, *JA* 2011/166 (Stichting Talant). Tot een inhoudelijke beoordeling van de vordering kwam het niet omdat de kantonrechter de zaak moest verwijzen naar de rechtbank.

begroeiing.¹¹³ Hoewel de overheid hier in beginsel buiten beschouwing blijft, omdat het in deze bijdrage juist gaat om particulieren die de publieke taak van de overheid hebben overgenomen of overgedragen gekregen, noem ik deze uitspraak hier toch en nadrukkelijk, omdat hetzelfde verwijt dat de gemeente trof, ook particulieren (bijvoorbeeld woningbouwcorporaties of verenigingen van appartementseigenaren) zou kunnen treffen.¹¹⁴ Relevant is daarbij dan allicht nog dat een vaak gebezigd argument door overheden, namelijk dat de publieke middelen niet toereikend zijn om meer te doen,¹¹⁵ door zo'n private rechtspersoon niet zal kunnen worden ingeroepen.

3.5.6 *Recreatie en reizen*

Een volgend type gevallen heeft betrekking op exploitanten in de recreatieve sfeer, zoals de exploitant van een vakantie- en recreatiepark of van een zwembad. Zo werd de exploitant van een zwembad aansprakelijk gehouden toen een 13-jarig meisje in het ondiepe deel van het bad dook, met haar hoofd tegen de vloer sloeg, en verlamd raakte.¹¹⁶ De exploitant heeft de plicht in het bijzonder te waken voor de gezondheid en veiligheid van het zwemmend publiek, ook als het om schoolzwemmen gaat. Omdat in dit geval een deur tot het bassin open stond waar die volgens de instructies op slot had moeten zijn, de diepteaanduiding in het bad ontbrak, en maatregelen daartegen eenvoudig genomen hadden kunnen worden, werd de exploitant aansprakelijk gehouden. Op ons specifieke gevaltype ziet deze casus echter niet, er is immers geen strafrechtelijke gedraging van een buitenstaander aanwijsbaar. Dat was weer wel het geval toen iemand bij een vechtpartij in het Rijksmuseum te Amsterdam gewond raakte (dat is immers mishandeling). Er was echter geen sprake van onzorgvuldig nalaten van het Rijksmuseum als secundaire dader, want een museum hoeft niet bedacht te zijn op vechtpartijen en hoeft dienaangaande geen extra zorg voor de veiligheid in acht te nemen.¹¹⁷

Zeker ook passend binnen de vraagstelling die hier centraal staat, is het geval van de reiziger die tijdens een onaangekondigde tussenstop gedurende de bustransfer van vliegveld

113 Zie Rb. Amsterdam 18 juli 2001, NJkort 2001/46 (Zuninga/Diemen). Ik ga hier overigens niet nader in op de op zichzelf vergelijkbare aansprakelijkheid van wegbeheerders, zie bijvoorbeeld HR 26 september 2003, NJ 2003/660 (Waterschap Zeeuwse Eilanden/Royal Nederland).

114 Zie bijvoorbeeld *Kline v. 1500 Massachusetts Avenue Apartment Corporation* 439 F.2d 477 (D.C. Cir. 1970), waarover § 2.3.

115 Vgl. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (Reaal/Deventer).

116 Zie Rb. Alkmaar 19 augustus 1982 en 9 juni 1983, NJ 1984/215 (Geervliet/Staat) (de school niet was niet aansprakelijk voor het ongeval (duiken in ondiep water) tijdens de zwemles, de zwembadexploitant wel). Zie ook nog Hof Amsterdam 5 december 1991, NJ 1992/824 (Van der Vlist/Stoop's) (exploitant zwembad niet aansprakelijk toen zwemmer bekneld raakte in de afsluiter van een ondeugdelijke afvoerput, omdat gebrek niet zichtbaar was) en Vzng. Rb. Dordrecht 10 juni 2004, NJF 2004/483 (Van der Perk/Aantjes) (bijzondere zorgplicht voor beheerder hindernisbaan; geen bijzondere aanwijzingen gegeven, beheerder aansprakelijk).

117 Zie Rb. Amsterdam 11 december 2004, NJF 2004/245 (Rutt/Het Rijksmuseum).

naar hotel beroofd en verwond wordt en vervolgens de reisorganisator als secundaire dader aanspreekt tot vergoeding van de schade ten gevolge van de criminele handeling van de primaire dader. Conform de in art. 7:507 lid 1 BW neergelegde contractuele zorgplicht moet de reis conform de verwachtingen van de reiziger worden uitgevoerd. Die open norm, vergelijkbaar aan die van 'de maatschappelijke zorgvuldigheid', betekent niet dat de reiziger mag verwachten geheel verstoken te blijven van crimineel gedrag van derden. Wel mag echter verwacht worden van de reisorganisatie dat deze al het redelijk zal doen om beroving tijdens de tussenstop te voorkomen.¹¹⁸ Of dat in casu gebeurd is, moet vervolgens nog bewezen worden, maar voor nu is daarmee wel al duidelijk dat er een zorgplicht kan bestaan voor reisorganisaties om anderen te beschermen tegen criminele acties van buitenstaanders.

3.5.7 Politie¹¹⁹

De politietaak bestaat uit het waken over en bewaken van de veiligheid van burgers. De kernkwestie van deze bijdrage is wat er qua aansprakelijkheid gebeurt als een private rechtspersoon die taak overneemt. In dat verband is het dan uiteraard zinvol om ook te bezien welke verantwoordelijkheid er op de politie zelf rust. De vraag is dus in hoeverre de politie aansprakelijk kan zijn voor onvoldoende of gebrekkig optreden om schade bij burgers te voorkomen. Eerder kwam in dit verband al het geval aan de orde van de uit de hand gelopen roofoverval, waarbij aansprakelijkheid van de politie eigenlijk onmiskenbaar was.¹²⁰

Een ander geval betreft dat van de Oosterpark-rellen in Groningen waarbij de politie aanvankelijk niet ingreep toen een bewoner en zijn familie belaagd werd door relschoppers die tevens vernielingen aanrichtten. Pas vijf uur na de eerste melding trad de mobiele eenheid (ME) op. De Rechtbank Groningen overweegt dat zij het handelen van de politie binnen de discretionaire bevoegdheden slechts marginaal kan toetsen, maar concludeert vervolgens toch dat de tentoon gespreide zorgvuldigheid beneden de maat was.¹²¹ Bij een bedreiging van ernstige aard, waarbij vernielingen worden aangericht, is het niet juist dat de politie, ook na herhaalde verzoeken om hulp, pas na vijf uur bescherming biedt, terwijl de ME binnen anderhalf uur ter plekke zou moeten zijn. De Hoge Raad liet dat oordeel in essentie in stand.¹²² Dit oordeel lag overigens voor de hand, want betrokkenen van politiezijde hadden ook zelf al aangegeven dat het ingrijpen te laat kwam. Bij de afweging had de vei-

118 Zie Hof Amsterdam 25 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:543 (Thomas Cook) en daarover de Blog van Folkert Jensma op de NJB site (<http://njb.nl/blog/de-uitspraak-is-de-touroperator-aansprakelijk.11974.lynkx>), met reacties van Loos en Van Dam.

119 Zie uitvoerig Van Tilburg 2012, p. 18 e.v. Over de (gebrekkige) inzet van de brandweer bij de hulpverlening aan een drenkeling die te water raakt door een stommiteit van een derde, zie Rb. Zwolle-Lelystad 17 september 2008, JA 2008/154 (Regionale Brandweer Flevoland).

120 Zie § 3.3, inzake Hof Den Haag 9 december 1976, NJ 1977/381 (Maat/Staat).

121 Zie Rb. Groningen 22 januari 2003, NJ 2003/169 (Lammers/Groningen).

122 Zie HR 9 juli 2004, NJ 2004/98 (Groninger Oosterpark-rellen).

ligheid van de eigen politiemensen teveel gewicht in de schaal gelegd ten opzichte van de plicht om burgers te beschermen.

3.5.8 *Gevangenissen en TBS-klinieken*

In het verlengde van de aansprakelijkheid van de politie, ligt ten eerste de mogelijke aansprakelijkheid van het gevangeniswezen voor schade toegebracht door een gevangene aan een andere gevangene, of – na een ontsnapping of vrijlating – aan een derde. In Nederland is aansprakelijkheid in dit verband een betrekkelijk onbekend fenomeen, voor zover ik heb kunnen nagaan. In een zaak waarin de Staat als verantwoordelijke voor de gevangenis – dit had echter ook een private instelling kunnen zijn – gedagvaard werd na een steekpartij tussen twee gevangenen, werd aansprakelijkheid afgewezen. De oplopende animositeit tussen de twee gedetineerden vormde in casu geen reden voor overplaatsing van één van hen, in plaats van de wel toegepaste stelselmatige observatie.¹²³

Hierbij mag overigens niet vergeten worden dat er op dit vlak vanuit Straatsburg eisen aan het Nederlandse recht gesteld worden. Onder bepaalde omstandigheden verplicht art. 2 EVRM de overheid immers om preventief op te treden ter bescherming van een burger wiens leven gevaar loopt als gevolg van criminele handelingen van een ander, zoals we al zagen.¹²⁴ Indien redelijkerwijs voorzienbaar is dat een in hechtenis of gevangen genomen persoon, gezien zijn psychische toestand, een gevaar voor een ander zou kunnen zijn, mogen zij niet bij elkaar in één cel gezet worden, op straffe van aansprakelijkheid van de gevangenisautoriteit.¹²⁵

Voor zover het gaat om het verlenen van (onbegeleid) verlof, door de behandelende kliniek (waarvoor de Staat dan verantwoordelijk is), aan een TBS-er die vervolgens opnieuw de fout in gaat en een willekeurig burger schade berokkent, is er wel Nederlandse rechtspraak.¹²⁶ Het gaat hier weer om de positie van de overheid maar als vergelijkingsmateriaal om de norm te kunnen bepalen, kan deze rechtspraak dienstig zijn. Uit die rechtspraak volgt dat er alleen onzorgvuldig gehandeld is indien de beslissing tot verlof ‘kennelijk

¹²³ Zie Hof Den Haag 25 januari 2007, *JA* 2007/50 (Steekpartij gedetineerden).

¹²⁴ Zie nader Giesen 2005a, p. 71–72, en de uitspraken inzake EHRM 14 maart 2002, *NJB* 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk), waaruit volgt dat gedetineerden zich in een kwetsbare positie bevinden en bescherming behoeven; EHRM 3 april 2001, *NJB* 2001, 24 (Keenan/Verenigd Koninkrijk), waaruit blijkt dat dit in beginsel ook geldt in die gevallen waarin iemand zichzelf in gevaar brengt (zelfmoord in gevangenis), en EHRM 24 oktober 2002, *NJB* 2002, 52 (Mastromatteo/Italië). Vgl. verder nog Rb. Den Haag 24 december 2003, *JB* 2004, 69 nt. Albers (Enschede), r.o. 3.1.3.

¹²⁵ Vgl. het feitencomplex zoals aan de orde in EHRM 14 maart 2002, *NJB* 2002, 19 (Edwards/Verenigd Koninkrijk).

¹²⁶ Zie HR 28 mei 2004, *NJ* 2006/430 (Staat/K.), doch ook al Rb. Amsterdam 16 maart 1965, *NJ* 1966/131 (Reesink/Hulp voor Onbehuisden) (aansprakelijkheid afgewezen omdat toezicht voldoende was, mede omdat toezicht op TBS-ers niet te streng mag zijn) en Hof Leeuwarden 5 juni 1991, *NJ* 1992/78 (Hoeve Boschoord/NN) (wel aansprakelijkheid aangenomen omdat na eerdere brandstichting niet gewaarschuwd was).

onverantwoord' was. Deze maatstaf leidt ertoe dat er niet snel sprake zal zijn van een onrechtmatige daad van de Staat jegens het (toevallige) slachtoffer. De eerste reden daarvoor is, zo lijkt te volgen uit deze rechtspraak, dat het uiteindelijk de TBS-er was die de schade toebracht, en niet de verlofverlenende instantie; het betreft een zogenoemde 'afgeleide aansprakelijkheid'.¹²⁷ Ten tweede is van belang dat er een afweging nodig is of degene die onder behandeling staat – als deel van de behandeling – kort in vrijheid kan worden gesteld zonder dat zeker is dat er geen enkel gevaar bestaat voor derden, maar waarbij dat gevaar wel zodanig beperkt is dat het verlof verantwoord is.¹²⁸ Degene die dit dient af te wegen en de verlofbeslissing dient te nemen, wordt via de op deze wijze ingevulde zorgvuldigheidsmaatstaf de nodige – mijns inziens te veel¹²⁹ – ruimte gegeven. Een dergelijke terughoudende opstelling lijkt zich overigens in bredere zin voor te doen, zoals blijkt als we hierna de voorgaande lijnen samenvoegen.

4 LESSEN VOOR NEDERLAND?

4.1 *Algemene lessen?*

Wat leren we uit het voorgaande? Een aantal aspecten verdient vermelding. Ten eerste: in die (weliswaar zeldzame) gevallen waarin zich de feitelijke situatie voordeed die de hier besproken gevallen karakteriseert, besluit de rechtspraak regelmatig om een zorgplicht en aansprakelijkheid te accepteren. Dat past op zich bij (de normen uit) art. 2 EVRM, dat de overheid immers verplicht om preventief op te treden ter bescherming van een burger wiens leven gevaar loopt als gevolg van criminele handelingen van een ander. De politie heeft bijvoorbeeld de nodige zorg in acht te nemen: bij een bedreiging van ernstige aard, waarbij vernielingen worden aangericht, dient de politie tijdig en niet slechts na herhaalde verzoeken om hulp, bescherming te bieden. Maar deze EVRM-norm blijkt ook bruikbaar in horizontale verhoudingen.

Ten tweede: in dergelijke horizontale gevallen blijkt dat er op een redelijk handelend therapeut de plicht rust om er in redelijke mate voor te zorgen dat een mogelijk slachtoffer van een gevaar beschermd wordt. Als door openbaarmaking een voorzienbaar ernstig gevaar kan worden afgewend, moet het vertrouwelijke karakter van de relatie soms wijken.

¹²⁷ Daarover nader, kritisch, Giesen 2005a, p. 37 e.v. Het argument is wat mij betreft daarom zonder echte waarde in deze discussie.

¹²⁸ Zie uitvoerig HR 28 mei 2004, NJ 2006/430 (Staat/K.), r.o. 3.4 en 3.5. Een derde reden zou het ontbreken van (concrete) voorzienbaarheid kunnen zijn, zie r.o. 3.7.2. A-G Spier meende, zie zijn conclusie sub 6.3, dat uit verwante rechtspraak volgt dat aansprakelijkheid wel tot de mogelijkheden zou kunnen behoren. Ik ben dat met hem eens.

¹²⁹ Ik betreur deze uitspraak omdat zonder deugdelijke redengeving een te lichte maatstaf wordt aangelegd.

Het daarbij intredende ‘hulpverlenersdilemma’ (zie § 3.5.3) maakt het uiteraard wel lastig om in concreto die afweging te maken.

Ook valt, ten derde, uit de rechtspraak af te leiden dat er een vrij strenge (zware) zorgplicht bestaat voor zorginstellingen als de patiënt al eerder weggelopen was zodat de inrichting gewaarschuwd was of had moeten zijn. Dan is de noodzakelijke voorzienbaarheid (of de kenbaarheid van het risico)¹³⁰ een gegeven.¹³¹ Ten aanzien van de verlofverlening aan gedetineerden en TBS-ers geldt echter, ten vierde, juist een lichte(re) vorm van aansprakelijkheid, want deze is pas inroepbaar als er ‘kennelijk onverantwoord’ wordt gehandeld. Dat heeft uiteraard hiermee van doen dat er een ander belang meespeelt, dat van (kort gezegd) de re-socialisatie van de betrokkene.

Daarnaast blijkt nog, ten vijfde, dat wat betreft de veiligheid van de omgeving (in elk geval voor overheidsorganisaties) een zorgplicht impliciet verondersteld wordt te bestaan. Daadwerkelijke aansprakelijkheid wordt echter alsnog afgewezen als een gemeente in de betreffende buurt eerder al maatregelen genomen heeft en zich in de periode voorafgaand aan de overval geen onveilige situaties hebben voorgedaan, als het incident dus niet voorzienbaar was. De voorgaande drie lessen betekenen tezamen genomen dus ook, als zesde les, dat elk geval op zijn eigen merites en langs de lijnen van de meespelende maatschappelijke belangen, moet worden beoordeeld.

Opvallend is verder, als zevende punt, dat in de hier besproken gevallen, waarin de secundaire dader geen overheidsorgaan is, de notie van beleidsvrijheid als verdedigingslinie niet inroepbaar is; het eigen belang dat een private partij (anders dan de overheid) dient en mag dienen, vormt geen verweermiddel. Het verrassende gevolg daarvan is derhalve dat privatisering tot een mogelijk ruimere aansprakelijkheid leidt dan die welke voorheen aanvaard kon worden, terwijl materieel gezien het feitencomplex niet anders ligt; het verschil is slechts dat de aangesproken persoon een ander statuut heeft. Dat is een nevengevolg van privatisering dat tot onwenselijke verschillen in uitkomst kan leiden.

Als achtste, en algemener punt, noem ik nog dit: in dit artikel wordt de vraag gesteld hoever het aansprakelijkheidsrecht kan, mag en wil gaan als het gaat om zorgplichten, en de daaraan gekoppelde aansprakelijkheid, ter voorkoming van veiligheidsrisico's voor medeburgers, gegeven het feit dat de overheid een terugtrekkende beweging maakt ten faveure van private partijen die mede of deels het publieke belang op zich genomen hebben. Tot dusverre lijkt de rechtspraak ter zake – dat is althans het algemene (hoewel soms wel wat wisselende) beeld dat uit het hiervoor besprokene rijst – vooral een terughoudende houding aan te nemen. ‘Voorzienbaarheid’ is daarbij het magische woord, zo zagen we al. Dat is uiteraard geen verrassende uitkomst, doch eerder een geruststellende. ‘Geruststellend’

¹³⁰ Zie ook Mouris 2013, p. 12.

¹³¹ Tot aansprakelijkheid leiden deze gevallen overigens niet steeds, want in het geval van de therapeut werd het causaal verband niet vastgesteld. Dat verband kan in alle andere gevallen evenzeer een rol spelen.

in die zin dat ook dit soort (wellicht als exotisch ervaren) gevaltypen, zich gewoon lijken te voegen in het reguliere beoordelingsschema van het aansprakelijkheidsrecht.¹³²

Die terughoudende opstelling is in principe overigens terecht, want de primaire dader is – in elk geval moreel gezien – de meest gerede partij om verantwoordelijk en aansprakelijk gehouden te worden, en dus niet de relatieve buitenstaander (de secundaire dader). Bovendien speelt mee dat na de primaire dader nog steeds regelmatig de overheid als hoeder van het algemeen belang in beeld is, en zal blijven omdat die overheid zich op grond van de EVRM-rechtspraak niet altijd (volledig) kan ‘terugtrekken’, ook als men dat wel zou willen.¹³³

Maar de mogelijke secundaire, private dader zal niettemin – laat dat dan de negende les zijn – op zijn tellen moeten passen, alleen al omdat het onzeker is in hoeverre aan de besproken terughoudendheid vastgehouden zou moeten (en kunnen) worden. Allereerst is dat onzeker, omdat het hier vaak voorop gestelde ‘afgeleide aansprakelijkheid’-argument in zijn algemeenheid niet opgaat, zoals ik eerder betoogde.¹³⁴ En ten tweede omdat wat nu nog onvoorzienbaar is, heel snel heel voorzienbaar kan worden. Religieuze of politieke moorden, aanslagen op het Koningshuis, een schietpartij in een winkelcentrum – het was tot voor kort allemaal onvoorzienbaar in ons land, en dat is het nu niet en nooit meer.

4.2 *De les voor Alphen aan de Rijn?*

Voor de zaak over het schietincident in Alphen aan de Rijn betekent dit alles dat er, zonder de concrete feiten hier te kunnen of willen toepassen, op principieel niveau wel degelijk mogelijkheden bestaan om tot aansprakelijkheid van bijvoorbeeld de politie (de Staat dus) te komen. Ook de betrokken therapeut en wellicht ook zelfs het winkelcentrum als beheerder van een openbaar toegankelijke ruimte, zijn niet zonder meer gevrijwaard van aansprakelijkheid, al lijkt met name het winkelcentrum in dit geval niet voor de hand te liggen als aan te spreken partij. Maar alvorens gezegd kan worden dat één van hen ook daadwerkelijk aansprakelijk zou kunnen zijn, zullen wel eerst de feiten moeten worden vastgesteld en dan getoetst aan de (beperkte) regels zoals tot nu toe bekend en eerder besproken.

Ten aanzien van het winkelcentrum als beveiligder van de openbare ruimte verdient hierbij nog aantekening dat een geweldincident zoals dat geschiedde (inclusief vuurwapengebruik) in een plek als dit (een winkelcentrum) in een plaats als dit (Alphen aan de Rijn) op dat specifieke moment (in 2011) wat mij betreft alleen voorzienbaar was met de ‘benefit

132 Ook in de zaak van de vuurwerkcramp te Enschede struikelde de claim van omwonenden – in casu tegen de overheid – op de ontbrekende kenbaarheid van het gevaar, zie Hof Den Haag 24 augustus 2010, JA 2011/7, r.ov. 13.22 en 14.

133 Zie bijv. EHRM 16 juni 2005, Appl.no. 61603/00 (Storck/Duitsland), § 103 en 150.

134 Zie Giesen 2005a, p. 37 e.v.

of hindsight'.¹³⁵ Uiteraard ligt dit nu, sinds het incident eenmaal plaatsgevonden heeft, anders. 'After the fact' zullen andere, maar soortgelijke private partijen op andere plekken (de winkelcentra elders) eerder met dit soort uitbarstingen rekening moeten houden en dus preventief moeten handelen (meer private beveiliging, betere toegangsbeveiliging?). Dat strookt uiteraard niet met de economische belangen van de winkeliers, maar wel met de (deels) publieke taak en verantwoordelijkheid die dit soort organisaties op zich hebben genomen (mede met het oog op hun eigen economisch belang) en opgelegd krijgen. De Amerikaanse discussie over de moeilijke afweging van dergelijke belangen, kan hier model staan.

5 AFRONDING

Hoe de zaak van het Alphense schietincident juridisch eindigen zal, is nog niet bekend, en zonder diepgaande kennis van het dossier is die uitkomst ook lastig te voorspellen.¹³⁶ Wel lijkt de voorspelling gedaan te kunnen worden dat dit type claim, een aansprakelijkheidsvordering tegen diverse zijdelings betrokken 'daders' in plaats van de niet (meer) aan te spreken 'echte' dader, een stijgende populariteit zal gaan vertonen. Niet alleen door de overheid als zodanig als secundaire dader te betrekken, zoals nu nog veelal gebeurt (denk aan Enschedese vuurwerkzaak), maar zeker ook door andere wel aanspreekbare private partijen in rechte te betrekken. De juridische mogelijkheden zijn er, en het gebeurt al in Amerika; en dat terwijl de (juridische) volkswijsheid luidt dat 'wat in Amerika gebeurt, daar niet blijft'.¹³⁷ Zulks lijkt mede een gevolg van en te passen bij de trend en tendens om de scheidslijnen tussen 'publiek' en 'privaat' verder te doorbreken; als de overheid dat doet door publieke taken, zoals veiligheid, te 'privatiseren', doet (de markt van) het aansprakelijkheidsrecht dat ook door over een breder terrein (bij meer potentiële typen van gedaagden) mogelijke privaatrechtelijke claims uit te zetten en te testen.

135 Ik wijs nogmaals op de zaak *Ann M v. Pacific Plaze Shopping Center*,²⁷¹ besproken in § 2.3, waarin werd beslist dat alleen bij een hoge mate van voorzienbaarheid het inhuren van veiligheidsbeambten verplicht is en dat daarvoor eigenlijk eerdere, vergelijkbare incidenten aangewezen moeten kunnen worden. Dat laatste was in Nederland tot voor kort niet mogelijk, maar – helaas – is dat inmiddels wel anders. Daartegen pleit overigens weer dat andere winkelcentra wel een beveiligingsdienst hebben of inhuren.

136 Hoewel uit het verslag van het Algemeen Overleg (*Kamerstukken II*, 2011–2012, 32 739, nr. 6) het nodige geput kan worden om politie en psychiatrische zorgverleners het (aansprakelijkheids)vuur aan de schenen te leggen. Kamerlid Didi spreekt op p. 14 bijv. over menselijke fouten: 'Mensen maken soms inschattingsfouten. Zij krijgen cruciale informatie, bijvoorbeeld over de geestestoestand van Tristan van der Vlis, maar er gaat op dat moment geen alarmbel rinkelen. Er wordt op dat moment niet iets in gang gezet. Men denkt niet: dit is ernstig en we moeten hier alert op zijn.'

137 Ontleend aan Meurkens 2014.

LITERATUUR

Asser/Abas 2007

P. Abas, *Mr.C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht.5. Bijzondere overeenkomsten. Deel IIA. Huur*, Deventer: Kluwer 2007

Asser/Hartkamp/Sieburgh 2011

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2011

Berg 2013

J. Berg, Private security industry puzzle, *The New Age*, 13 Sep 2013, <http://www.criminology.uct.ac.za/usr/criminology/J%20Berg%20article.pdf>

Van Boom 1997

W.H. van Boom, 'Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel', in: W.H. van Boom et al (red.), *Tussen Alles of Niets*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

Canter/Zukauskiene 2007

D. Canter & R. Zukauskiene, *Psychology and law. Bridging the gap*, Burlington: Ashgate Publishing Company 2007

Van Dam 1995

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid voor nalaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar plaats en inhoud van zorgvuldigheidsnormen die verplichten tot een doen* (preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking nr. 52), Deventer: Kluwer 1995

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000

Drion 2014

C. Drion, 'Europese consumentenbescherming', *NJB* 2014/1, afl. 1, p.5

Engelhard 2010

E.F.D. Engelhard, (Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het 'grijze' gebied, in: L.F.M. Besselink, R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Staat-rechtsconferentie 2009*, WLP: Nijmegen 2010

Enneking 2013

L.F.H. Enneking, Aansprakelijkheid via 'foreign direct liability claims' – Den Haag is weer even de 'Legal Capital of the World', *NJB* 2013/85, p. 400 e.v.

Epstein 2008

R.A. Epstein, *Cases and Materials on Tort*, New York: Aspen Publishers 2008

Fleming/Maximov 1974

J.G. Fleming & B. Maximov, The patient or his victim: The therapist's dilemma, *62 Cal. L. Rev.* 1025 (1974)

Gammon/Hulston 1995

T.E. Gammon & J.K. Hulston, The Duty of Mental Health Care Providers to Restrain Their Patients Or Warn Third Parties, *60 Mo. L. Rev.* 749 (1995)

Gerards 2011

J.H. Gerards, *EVRM-Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011

Van Gerven/Lierman 2010

W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen: Kluwer 2010

Giesen 2005a

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005

Giesen 2005b

I. Giesen, *Handle with care!*, Oratie UU, Den Haag: BJu 2005

Glesner 1992

B.A. Glesner, Landlords as Cops: Tort, Nuisance & Forfeiture Standards Imposing Liability on Landlords for Crime on the Premises, *42 Case W. Res. L. Rev.* 679 (1992)

Harper/Kime 1934

F.V. Harper & P.M. Kime, The Duty To Control The Conduct Of Another, *43 Yale L.J.* 886 (1934)

Hartlief 2014

T. Hartlief, De draagkracht van de gedaagde overheid, *NJB* 2014/975, p. 1307 e.v.

Hendriks 2013

A. Hendriks, Kroniek van het gezondheidsrecht, *NJB* 2013/792, afl. 15, p. 1019 e.v.

Keirse 2002

A.L.M. Keirse & P.A.J. van den Berg, Waar rook is, is vuur, *NJB* 2002/33, p. 1652 e.v.

Keirse 2007

A.L.M. Keirse, Nieuwe risico's; wie is er bang voor de magnetron?, *NJB* 2007/82, p. 2418 e.v.

Keirse 2009

A.L.M. Keirse, De schadevoorkomingsplicht, in: E.F.D. Engelhard et al (red.), *Handhaving van en door het Privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009

Kortmann 2004

J.S. Kortmann, Nogmaals de verplichte medewerking aan een HIV-test, *WPNR* 2004/6566, p. 135 e.v.

Kortmann 2005

J.S. Kortmann, *Altruism in Private Law: Liability for Nonfeasance and Negotiorum Gestio*, OUP: Oxford 2005

Markatos 1991

D.C. Markatos, Property Law: The Growing Accountability of Landlords for Third-party Criminal Attacks, 1991 *Ann. Surv. Am. L.* 501 (1992)

Meurkens 2014

L. Meurkens, *Punitive Damages. The Civil Remedy in American Law, Lessons, and Caveats for Continental Europe*, diss. Maastricht University 2014 (in press)

Monahan/Walker 1998

J. Monahan & L. Walker, *Social Science in Law, Cases and Materials*, The Foundation Press: Westbury NY 1998

Mouris 2013

M.A. Mouris, De zorgplicht van de werkgever met betrekking tot een overval, *TVP* 2013/1, p. 8 e.v.

Niehoff 1983

L.M. Niehoff, Developing a Victims' Suit for Injuries Caused by a Compulsorily Released Prisoner, 17 *U. Mich.J.L. Ref.* 99 (1983)

Paijmans 2013

B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen: de grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen*, Deventer: Kluwer 2013

Prosser/Keeton 1984

W.S. Prosser & W.P. Keeton, *Prosser & Keeton on het Law of Torts*, Minnesota: West Pub. Co. 1984

Rijnhout e.a. 2013

R. Rijnhout, E.F.D. Engelhard, I. Giesen, e.a., Beweging in het aansprakelijkheidsrecht, *NTBR* 2013/20, p. 171 e.v.

Ruigrok 2013

H. Ruigrok, Die pet past ons allemaal, *AA* 2013/7, p. 574 e.v.

Schwartz/Appel 2011

V.E. Schwartz & C.E. Appel, Reshaping the Traditional Limits of Affirmative Duties under the Third Restatement of Torts, 44 *The John Marshall Law Review* 319 (2011)

Smits 2000

J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law; On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future*, Kluwer: Deventer 2000

Smits 2003

J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*. Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Kluwer: Deventer 2003

Van Tilburg 2012

F.A. van Tilburg, *Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid*, Kluwer: Deventer 2012

De Waard/Van Steden 2012

J. de Waard & R. van Steden, De opmars van de private veiligheidszorg, *Justitiële verkenningen* 2012/8, p. 9 e.v.

Weiss 1984–1985

J.L. Weiss. Comments: Landlord liability & Obligation to maintain adequate security – a comparative study, 59 *Tul. L. Rev.* 701 (1984–1985)

Welch 1993–1994

D.L. Welch, Ann M v. Pacific Plaza Shopping Center: The Californian Supreme Court Retreats from its ‘totality of the circumstances’ Approach to Premises Liability, 28 *Ga L. Rev.* 1053 (1993–1994)

White 2003

G.E. White, *Tort Law in America*, OUP: New York 2003

KORTE REACTIE OP ‘AANSPRAKELIJKHEID VOOR INADEQUATE PUBLIEKE BEVEILIGING DOOR PRIVATE ACTOREN’

Jeroen Kortmann*

1 INLEIDING

De thematiek van de bijdrage van Giesen is helaas nog actueler dan hij bij het concipiëren daarvan kon voorzien. Kort nadat hij zijn bijdrage afrondde, werd op 17 juli 2014 vlucht MH17 boven het oosten van Oekraïne neergeschoten. Verondersteld dat op enig moment vastgesteld wordt wie de primair verantwoordelijken waren – naar het zich laat aanzien: pro-Russische separatisten – dan is twijfelachtig of privaatrechtelijke schadevergoedingsvorderingen tegen hen iets uithalen. Van een kale kip kun je geen veren plukken. Erg verrassend¹ is het dan ook niet dat de vraag naar de civiele aansprakelijkheid van (beweerde-lijke) ‘secundaire daders’ al is opgeworpen.

Nog geen twee weken na de ramp riep Cees van Dam ertoe op om ‘Malaysia en de KLM [te laten] betalen’. Of hun werkelijk iets te verwijten valt, lijkt voor Van Dam van ondergeschikt belang. Wat hem betreft vergoeden Malaysia Airlines en KLM de integrale schade ‘ongeacht het al dan niet onzorgvuldig handelen van deze luchtvaartmaatschappijen’.² Letselschadeadvocaten onderzoeken de mogelijkheden om ook andere partijen als ‘*peripheral tortfeasors*’ aansprakelijk te stellen. Het vizier wordt onder meer gericht op de betrokken reisorganisaties,³ op de Oekraïense luchtverkeersleiding⁴ en op internationale luchtvaartorganisaties als ICAO, IATA en Eurocontrol.⁵

De geschetste ontwikkelingen illustreren Giesens gelijk, waar hij schrijft dat aansprakelijkheidsvorderingen tegen ‘zijdelings betrokken ‘daders’ ... een stijgende populariteit vertonen’.

* Jeroen Kortmann is hoogleraar European Tort Law aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe, Amsterdam. De tekst is afgesloten op 1 september 2014.

1 Of het smaakvol is, laat ik in het midden.

2 C.C. van Dam, ‘Laat Malaysia en de KLM betalen’, *NRC Handelsblad* 29 juli 2014, p. 17.

3 ‘MH17-claim tijdrovende en lastige procedure’, *Algemeen Dagblad* 11 augustus 2014, p. 9.

4 ‘Lockerbie kan voorbeeld zijn voor rechtszaak Oekraïne’, *Trouw* 5 augustus 2014, p. 7 (‘... er is een land dat heeft gezegd: hier kan veilig gevlogen worden’).

5 ‘Advocaat in de ban van schuldvraag’, *Telegraaf* 28 juli 2014, p. 2.

Giesen wijst ook terecht op Amerikaanse invloeden. In algemene zin heeft de Angelsaksische praktijk van het voorfinancieren van aansprakelijkheidsprocedures in ruil voor een deel van de opbrengst (*'claim funding'*) de laatste jaren in Nederland een vlucht genomen. Dat draagt ontegenzeggelijk bij aan een toenemende claimcultuur. Meer concreet zijn Amerikaanse advocaten ook steeds actiever op de Nederlandse juridische markt. Als wij de kranten mogen geloven, zijn Amerikaanse letselschadeadvocaten ook daadwerkelijk bezig met het ronselen van cliënten die schade hebben geleden als gevolg van de ramp met vlucht MH17.⁶

Het is heel menselijk om bij leed van dergelijke proporties als bij de ramp met vlucht MH17 te zoeken naar de (mede) verantwoordelijke partijen. Daarbij past echter terughoudendheid. Zo lang het feitenonderzoek niet is afgerond, is het raadzaam geen uitlatingen te doen over de verantwoordelijkheid van de verschillende actoren.⁷ Ook wanneer de feiten opgehelderd zijn, ligt echter het gevaar op de loer dat met wijsheid achteraf – *'hindsight bias'* – al te gemakkelijk 'secundaire daders' worden aangewezen. *Natuurlijk* zou het achteraf gezien beter zijn geweest als op 17 juli 2014 geen passagiersvluchten over het oorlogsgebied in het oosten van Oekraïne hadden gevlogen. Dat maakt echter niet dat de beslissing om dat wel te doen 'dus' onzorgvuldig was en er – naast de primaire dader of daders – ook andere partijen aansprakelijk moeten zijn.

Giesens constatering dat de Nederlandse rechtspraak een 'terughoudende houding' lijkt aan te nemen waar het aansprakelijkheid van anderen dan de primaire daders betreft, beschouw ik dan ook vooral als geruststellend. Met Giesen zou ik menen dat een dergelijke terughoudendheid 'in principe ... terecht' is. Wat is echter de ratio van deze terughoudendheid? Wat maakt gevallen van 'secundair en passief daderschap' zo bijzonder dat ons bij de beoordeling daarvan extra terughoudendheid past?

6 'Onrust bij letselschadeadvocaten vanwege "immorele" praktijken', *Het Financieele Dagblad* 26 juli 2014, p. 4 en 'MH17-claim tijdrovende en lastige procedure', *Algemeen Dagblad* 11 augustus 2014, p. 9.

7 De suggestie dat Malaysia Airlines verweten kan worden dat zij over op 10 kilometer hoogte over het oosten van Oekraïne vloog, komt bijvoorbeeld – althans: wat mij betreft – reeds nu in een ander daglicht te staan door de beantwoording van Kamervragen over de ramp door Minister Timmermans bij brief van 29 augustus 2014, bijlage (*Lijst van vragen – Verslag Buitengewone Raad Buitenlandse Zaken van 15 augustus 2014 en brieven 'Repatriëringsmissie MH17' en 'Stand van Zaken vliegcrash MH17'*), Kamerstuknr. 2014Z14098, antwoord vraag 7(e) ('Het is onjuist dat vlucht MH17 op 17 juli 2014 een andere route vloog dan gebruikelijk. Op zowel 15, 16 als 17 jul. diende Malaysia Airlines hetzelfde vliegplan in bij Eurocontrol [de Europese organisatie die namens veertig staten het luchtverkeer in Europa overziet, JK]. Zo volgde vlucht MH17 op 17 juli jl. de vliegroute conform het door Eurocontrol goedgekeurde vliegplan. Enige wijziging van de gevlogen route ten opzichte van het vluchtplan, is de vlieghoogte boven het Oosten van de Oekraïne (in de Dnepropetrovsk Flight Information Region). Vlucht MH17 zou daar volgens het vluchtplan op 11km hoogte vliegen (flight level 350), maar kreeg van de Oekraïense luchtverkeersleiding een vlieghoogte van 10km toegewezen (flight level 330). Deze wijziging in vlieghoogte had een operationele achtergrond: zo was voldoende afstand geborgd tussen vlucht MH17 en een ander toestel dat al op 11km hoogte vloog.')

2 VANWAAR DE 'TERUGHOUDENDE HOUDING'?

In een eerder werk merkte Giesen op dat 'het gevoelsmatig lastig is te verkopen dat de afgeleid aansprakelijke persoon evenzeer de schade dient te dragen als de primaire dader'. Op rationele gronden verwierp hij vervolgens dit argument van de 'afgeleide aansprakelijkheid'.⁸ Toch kan hij het door hem zelf benoemde gevoel niet helemaal afschudden. Ook in de voorgaande bijdrage noemt Giesen als belangrijkste reden om terughoudend te zijn met het aannemen van aansprakelijkheid van secundaire daders, dat de primaire dader 'in elk geval moreel gezien ... de meest gereede partij [is] om verantwoordelijk en aansprakelijk gehouden te worden, en dus niet de relatieve buitenstaander (de secundaire dader)'. Dit argument, dat in de Angelsaksische literatuur wordt aangeduid met de frase '*Why pick on me?*',⁹ overtuigt niet. In mijn proefschrift schreef ik over de beruchte verkrachting en moord van de New Yorkse serveerster Kitty Genovese:¹⁰

'Dozens of people watched from their windows and ignored her cries for help. Nobody called the police. Why would we allow Kitty's family to "pick on" one of these people, by bringing a claim for negligence? After all, were the other spectators not equally to blame? And, is it not true that the rapist/murderer was the 'real' culprit? ... [T]he answer is fairly straightforward: the question is not whether others were equally or more culpable, but whether this individual defendant was at fault.'

Hetzelfde geldt naar Nederlands recht. Wie onzorgvuldig handelt, is voor de schadelijke gevolgen daarvan aansprakelijk. Dat de onzorgvuldigheid van een ander evenzeer aan de schade heeft bijgedragen en mogelijk een ernstiger verwijt oplevert, doet aan de eigen verantwoordelijkheid niet af – niet in ons strafrecht¹¹ en niet in ons aansprakelijkheidsrecht.¹² Dat is wat mij betreft bovendien zó vanzelfsprekend, dat onwaarschijnlijk is dat de door Giesen waargenomen terughoudendheid in onze rechtspraak verklaard kan worden door deze '*Why pick on me?*'-gedachte.

8 Giesen 2005, p. 43–45.

9 Zie bijvoorbeeld *Stovin v. Wise*, [1996] 3 All ER 801 op p. 819, *per* Lord Hoffmann.

10 Kortmann 2005, p. 17.

11 Zie bijvoorbeeld HR 2 mei 1989, NJ 1989/719, m.nt. Van Veen ('Het verweer, dat een ander ook schuld heeft is geen disculperend verweer en behoeft geen afzonderlijke bespreking.').

12 Zie daartoe onder meer Hartlief, Tjittes en, zoals gezegd, ook Giesen zelf. Hartlief 2010, p. 490 ('Ik heb de neiging te benadrukken dat de toezichthouder wanneer hij zijn plicht verzaakt, juist een zelfstandig verwijt kan worden gemaakt'); Hartlief/Tjittes 2004, p. 1583, r.k. ('De redenering sluit niet: het gaat om zelfstandige verwijten te maken aan verschillende personen.').

Is de bedoelde terughoudendheid dan wellicht te verklaren doordat de ‘secundaire dader’ in de meeste van de beschreven casus (hooguit) een *nalaten* kan worden verweten, niet een *doen*? Het is ontegenzeggelijk juist dat een niet-doen gemiddeld minder snel verwijtbaar wordt geacht dan een actief handelen. Om een klassiek voorbeeld te gebruiken: rommel op straat gooien wordt verwijtbaarder gevonden dan het niet oprapen van rommel die je op straat aantreft.¹³ Dat is ook logisch, al was het maar omdat je door rommel op straat te gooien eigenlijk twee fatsoensnormen tegelijk schendt: je gooit iets op straat dat daar niet hoort *en* je raapt het niet op. Bovendien impliceert een zorgplicht die dwingt tot actief ingrijpen ten behoeve van derden een verdergaande beknutting van de persoonlijke vrijheid dan een plicht om bij het eigen handelen de belangen van derden niet te schaden. Ook dat rechtvaardigt voorzichtigheid bij het aannemen van aansprakelijkheid voor een ‘nalaten’. Zie in dit kader bijvoorbeeld John Stuart Mill in zijn beroemde werk *On Liberty* (onderstreping toegevoegd):¹⁴

‘A person may cause evil to others not only by his actions but by his inaction, and in either case he is justly accountable to them for the injury. The latter case, it is true, requires a much more cautious exercise of compulsion than the former. To make any one answerable for doing evil to others, is the rule; to make him answerable for not preventing evil, is, comparatively speaking, the exception. Yet there are many cases clear enough and grave enough to justify that exception.’

Ook Mill benadrukt echter dat er ‘*many cases*’ zijn waarin de omstandigheden rechtvaardigen dat een plicht om in te grijpen ten behoeve van een ander – in de termen van Giesen: ‘zorgplichten ... voor secundaire daders ter voorkoming van veiligheidsrisico’s voor medeburgers’ – wordt aanvaard. De meest sprekende gevallen zijn die waarin de secundaire dader juist de opdracht had om in te grijpen wanneer de primaire dader over de schreef zou gaan: Giesens voorbeelden van politie en ME, het gevangeniswezen en het private beveiligingsbedrijf Blackwater (dat opdracht had Amerikaanse soldaten in Irak te beschermen). Daaraan kan worden toegevoegd de recente uitspraak van de Rechtbank Den Haag inzake de aansprakelijkheid van de Staat voor nalatigheden van het bataljon *Dutchbat*, dat een uitdrukkelijk VN-mandaat had om de enclave Srebrenica te beschermen.¹⁵

Voor zover ook in gevallen waarin de gedaagde een specifieke taak heeft als toezichthouder of ‘beveilig’ met betrekking tot het gedrag van derden, door de rechter terughoudend

13 Honoré 1991, p. 48.

14 Mill 1859, p. 70.

15 Rechtbank ’s-Gravenhage 16 juli 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:8562 (Mothers of Srebrenica/Staat).

KORTE REACTIE OP 'AANSPRAKELIJKHEID VOOR INADEQUATE PUBLIEKE BEVEILIGING DOOR
PRIVATE ACTOREN'

wordt getoetst, laat die terughoudendheid zich mijns inziens niet verklaren door het onderscheid tussen een actief doen en een passief nalaten. Aannemelijker is dat de voorzichtige houding van de rechter in dergelijke gevallen vooral daarin gelegen is, dat de gedaagden in hun taakuitoefening ongewoon lastige afwegingen moeten maken. Giesen beschreef reeds het 'toezichthoudersdilemma' en het 'hulpverlenersdilemma': soms kan zowel een wel als een niet ingrijpen tot schade leiden. Op de vraag 'zou een behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder of beveiligers hebben ingegrepen?', zal het antwoord meer dan eens zijn dat zowel een *wel* ingrijpen als een *niet* ingrijpen in de omstandigheden van het geval zorgvuldig (althans: niet onzorgvuldig) was geweest. Mogelijk draagt verder de wetenschap dat gedragingen van derden nauwelijks te beheersen zijn, bij aan de geconstateerde terughoudendheid. Als de primaire dader vastbesloten is kwaad te doen, is daar in veel gevallen geen kruid tegen opgewassen, *óók niet* voor degene die de opdracht heeft in te grijpen wanneer de primaire dader over de schreef gaat.¹⁶ Dat de rechter in dergelijke gevallen niet snel tot aansprakelijkheid concludeert, is wat mij betreft dan ook vooral een onderkenning van hoe moeilijk het is om bescherming te bieden tegen het (niet zelden: moedwillig) onrechtmatig handelen van derden.¹⁷

In gevallen van toezicht of beveiliging van overheidswege komen daarbij nog afwegingen die specifiek betrekking hebben op de overheid als gedaagde. Dat brengt mij bij het laatste onderwerp dat ik in deze reactie aan de orde wil stellen.

3 PRIVATISERING KAN LEIDEN TOT MINDER TERUGHOUDENDHEID:
'VERRASSEND' EN 'ONWENSELIJK'?

Vindt het toezicht of de beveiliging plaats door een overheidsorgaan, dan is de rechter zo mogelijk *nog* terughoudender in zijn toetsing. De argumenten daarvoor zijn bekend. Inhoudelijke toetsing van overheidsbeleid door de rechter zou zich slecht verdragen met de in ons staatsbestel nagestreefde verdeling van bevoegdheden tussen de rechter en het

16 Daaraan kan nog toegevoegd worden dat toezichthouders en beveiligers in sommige gevallen onder hoge druk beslissingen moeten nemen, alsook een onderkenning van het feit dat de rechter slechts een deel van de omstandigheden overziet en zelf niet beschikt over de vereiste deskundigheid. Zie Hoge Raad 6 september 2013, *RvdW* 2013/1037 (Staat/ Nuhanović), r.o. 3.18.3 ('Daarbij dient de rechter inderdaad te verdisconteren dat het hier gaat om onder grote druk in een oorlogssituatie genomen beslissingen ...') en de conclusie van A-G Timmerman voor HR 13 oktober 2006, *RvdW* 2006/941 (Vie d'Or), alinea 3.18 ('... de rechter overziet slechts een deel van de omstandigheden en mist veelal de vereiste deskundigheid.').

17 Vgl. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011/71 ('Gezien de factoren waarmee rekening gehouden dient te worden bij het beantwoorden van de vraag of een toezichthouder onzorgvuldig heeft gehandeld, geldt voor toezichthouders een andere basisnorm dan voor beroepsbeoefenaren').

bestuur.¹⁸ Waar het overheidsorgaan beleidsvrijheid heeft, past het niet dat een volledige herbeoordeling door de civiele rechter plaatsvindt. Daarbij komt dat de rekening voor aansprakelijkheid van overheidsorganen uiteindelijk belandt bij de belastingbetaler. Ook dat pleit volgens sommigen tegen aansprakelijkheid, behoudens in gevallen van een ernstig tekortschieten.¹⁹

Giesen wijst in zijn bijdrage op de privatiseringstendens ten aanzien van publieke taken, waaronder toezicht en beveiliging. Hij vraagt daarbij aandacht voor de gevolgen die deze privatisering zou kunnen hebben in het kader van de civiele aansprakelijkheid. Een civiele toezichthouder of 'beveiligger' zal zich niet kunnen verschuilen achter 'beleidsvrijheid'; die heeft hij niet. Het argument dat zijn aansprakelijkheid een ongewenst beslag zou leggen op gemeenschapsgeld, gaat evenmin op. Gevolg is dat de civiele rechter na privatisering van een toezichts- of beveiligingstaak mogelijk (iets) minder terughoudend zal zijn bij het aannemen van aansprakelijkheid. Giesen noemt dat gevolg in zijn bijdrage aan deze bundel 'verbazingwekkend' en 'verrassend'. Waarom zou een feitencomplex dat in alle materiële opzichten hetzelfde is gebleven, opeens anders beoordeeld wanneer door privatisering de aangesproken persoon 'een andere statuur' heeft gekregen? Bovendien: '[d]it is een nevengevolg van privatisering dat tot onwenselijke verschillen in uitkomst kan leiden'. Ook eerder betoogde Giesen iets dergelijks. In zijn *Toezicht en Aansprakelijkheid* schreef hij:²⁰

'Het voorgaande betekent dan wel dat er eventueel een onderscheid tussen 'publieke' en 'private' toezichthouders zal kunnen ontstaan, waarbij de private toezichthouders uiteindelijk strenger worden bejegend. Of de overheid zich zonder meer kan veroorloven om dat effect toe te staan of in te voeren, verdient wat mij betreft een belangrijke plaats in de rechtspolitieke afweging die de wetgever zal moeten maken.'

Op dit punt kan ik Giesen niet volgen. De bijzondere argumenten die pleiten voor *extra* terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheid van overheden, zijn gekoppeld aan de specifieke hoedanigheid – de 'statuur' – van de gedaagde. Verandert die hoedanigheid en wordt de gedaagde een gewone private partij, dan vallen daarmee de argumenten voor

18 A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 13 oktober 2006, *RvdW* 2006/941 (Vie d'Or), alinea 3.18, met verwijzing naar HR 21 januari 1983, *NJ* 1983/252, r.o. 3.4 (Grote Luyk).

19 Zie bijvoorbeeld A-G Spier in zijn conclusie voor HR 9 november 2001, *NJ* 2002/446 (Van den Berg/Waterschap de oude Rijnstromen), alinea 4.9.1 ('Overheidsaansprakelijkheid betekent dat bepaalde schades uit publieke middelen moeten worden voldaan. Die enkele omstandigheid noopt m.i. reeds tot de nodige terughoudendheid.') en Busch 2011, p. 51 ('Hierbij moet men zich realiseren dat achter de financiële toezichthouders de Staat en uiteindelijk de belastingbetaler schuilgaan').

20 Giesen 2005, p. 44.

KORTE REACTIE OP 'AANSPRAKELIJKHEID VOOR INADEQUATE PUBLIEKE BEVEILIGING DOOR
PRIVATE ACTOREN'

die bijzondere behandeling weg. De 'normale' terughoudende toetsing volstaat. Dat de civiele rechter een geprivatiseerde toezichthouder of 'beveiliger' in beginsel op dezelfde manier bejegt als iedere andere private partij met een vergelijkbare taak, lijkt mij dan ook 'verrassend' noch 'onwenselijk'. Daarbij zij bedacht dat sommige toezichtstaken – bijvoorbeeld de wettelijke controle van de jaarrekening – al lang geleden bij private partijen zijn neergelegd. Waarom zou het enkele feit dat een private partij toezicht houdt of beveiligt waar dat in het verleden van overheidswege plaats vond, aanleiding geven tot extra terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheid? Ik zie daarvoor geen goede reden.

LITERATUUR

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*

A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Zesde deel. Verbintenissenrecht. De Verbintenis uit de wet*, 13^e druk, Kluwer: Deventer 2011

Busch 2011

D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders*, Kluwer: Deventer 2011

Hartlief 2010

T. Hartlief, 'Van schurken en toezichthouders', *NJB* 2010, 490

Hartlief/Tjittes 2004

T. Hartlief en R.J. Tjittes, 'Kroniek Vermogensrecht', *NJB* 2004, 1579 e.v.

Honoré 1991

T. Honoré, 'Are Omissions Less Culpable?', in: P. Cane & J. Stapleton, *Essays for Patrick Atiyah*, OUP: Oxford 1991,

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en Aansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2005

Kortmann 2005

J.S. Kortmann, *Altruism in Private Law*, OUP: Oxford 2005

Mill 1859

J.S. Mill, *On Liberty*, 1859 (Himmelfarb, ed. 1974)

KLIKKEN, AANSPRAKELIJKHEID EN VRIJWARING

*François Kristen & Stascha De Vita**

1 INLEIDING

Beleggingsondernemingen, zoals banken, moeten uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht (Wft) ‘klikken’. Wanneer zij namelijk een redelijk vermoeden hebben dat een transactie in financiële instrumenten ziet op een of meer vormen van marktmisbruik, zijn zij verplicht een geheime melding daarvan te doen aan de toezichthouder voor en op de financiële markten, de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Deze zgn. wettelijke ‘klikplicht’ leidt ertoe dat beleggingsondernemingen als private partijen worden ingeschakeld voor het detecteren en zelfs opsporen van vormen van marktmisbruik. Er kan niet worden volstaan met een loutere melding. De beleggingsonderneming moet namelijk allerlei gegevens doorgeven, en daarmee een (klein) dossier bij de AFM aanleveren. Dat is een vorm van feitelijke opsporing door een private partij. De handhaving van beboetbare en strafbare feiten, zoals de overtredingen van de marktmisbruikbepalingen in de Wft, wordt evenwel traditioneel tot de verantwoordelijkheid van de AFM respectievelijk het openbaar ministerie gerekend.

De ‘klikplicht’ kan beleggingsondernemingen in een lastig parket brengen. Enerzijds hebben zij een taak en verantwoordelijkheid jegens hun cliënten die van hun diensten gebruik maken om transacties in financiële instrumenten te realiseren. Cliënten en derden kunnen schade lijden wanneer een beleggingsonderneming zou weigeren mee te werken aan de transactie of juist wel meewerkt maar ‘klikt’ bij de toezichthouder. Anderzijds kunnen beleggingsondernemingen die meewerken aan de uitvoering van de desbetreffende transactie zelf strafrechtelijk aansprakelijk zijn wegens medeplichtigheid¹ of wellicht zelfs wegens medeplegen van marktmisbruik. Dan keert de ‘klikplicht’ zich tegen de beleggingsonderneming: zij wordt zelf verdachte. Daarnaast levert het niet voldoen aan de klikplicht een zelfstandig beboetbaar en strafbaar feit op voor de beleggingsonderneming. Om een uitweg te bieden aan beide dilemma’s voorziet de Wft in een civielrechtelijke én strafrech-

* François Kristen is programmaleider van het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (Ucall) en als hoogleraar straf(proces)recht verbonden aan het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen van de Universiteit Utrecht. Stascha De Vita is student van de master Strafrecht van de Universiteit Utrecht.

1 Aldus ook de minister van Financiën in *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 7, p. 3 en idem nr. 8, p. 8.

telijke vrijwaring van aansprakelijkheid. Een bestuursrechtelijke vrijwaring ontbreekt evenwel.

De geschetste thematiek wordt in deze bijdrage onderzocht aan de hand van de navolgende, meerledige centrale probleemstelling: Wat wordt van beleggingsondernemingen verwacht bij het klikken van vermoedens van marktmisbruik, tot welke aansprakelijkheidsdilemma's leidt dat voor beleggingsondernemingen, hoe beschermen wettelijke vrijwaringsregelingen hen tegen aansprakelijkheden en hoe moet de inzet van private partijen voor handhavingsdoeleinden in dit licht worden beoordeeld?

Om deze centrale onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden, maken wij gebruik van traditionele juridische onderzoeksmethoden, aangevuld met interne rechtsvergelijking. Vertrekkend vanuit de wettelijke regeling ontleden wij deze en beogen deze te verklaren door gebruik te maken van grammaticale, teleologische en wetshistorische interpretatiemethoden. De bronnen zijn daarbij nationale en Europese regelgeving, parlementaire geschiedenis en literatuur. Wegens het ontbreken van rechtspraak over het gebruik van de civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaring blijft jurisprudentieonderzoek achterwege. Niettemin maken wij in deze bijdrage gebruik van de multidimensionale benadering² door via interne rechtsvergelijking de civielrechtelijke en de strafrechtelijke vrijwaring met elkaar te vergelijken.

De mate waarin beleggingsondernemingen de zojuist geschetste spanningsvelden zullen ervaren, hangt af van de omvang en uitvoering van de klikplicht. Om die reden vangen wij hierna aan met een analyse van de klikplicht (§ 2). Daarbij komen aan bod de herkomst, ratio, reikwijdte, uitvoering, en sancties gesteld op niet voldoen aan de klikplicht. Ook wordt vooruitgeblikt op de relatie tussen de klikplicht en de vrijwaringen (§ 2.6). Vervolgens bespreken wij na elkaar de strafrechtelijke en de civielrechtelijke vrijwaring (§§ 3–4). In paragraaf 5 stellen wij aan de orde dat, gegeven de bestuursrechtelijke handhaving van de Wft, het opmerkelijk is dat niet is voorzien in een bestuursrechtelijke vrijwaring. In onze slotbeschouwingen (§ 6) geven wij antwoord op de verschillende onderdelen van de centrale probleemstelling.

2 KLIKPLICHT: OMVANG EN WIJZE VAN UITVOERING

In het kader van de handhaving van enkele verbodsbepalingen inzake marktmisbruik van de Wet op het financieel toezicht voorziet deze wet in een plicht voor beleggingsondernemingen verdachte transacties in financiële instrumenten te melden bij de AFM. Deze plicht wordt de zgn. klikplicht genoemd. Met deze korte aanduiding wordt duidelijk waar het om gaat: men moet klikken bij de AFM zodat die in staat wordt gesteld om handhavend

2 Zie voor een korte beschrijving daarvan Giesen & Kristen 2014, p. 4–5.

op te treden. Oftewel klikken om te kunnen straffen. Dat straffen kan bestaan uit hetzij het opleggen van een bestuurlijke boete met een duidelijk punitief karakter gelet op de wettelijke regeling van het bepalen van de hoogte van de boete,³ hetzij uit een strafrechtelijke vervolging die kan uitmonden in het opleggen van strafrechtelijke sancties, zoals gevangenisstraf, geldboete en ontnemingsmaatregel.

In deze paragraaf komen aan bod de herkomst van de klikplicht (§ 2.1), de ratio (§ 2.2) en de reikwijdte daarvan (§ 2.3), de wijze van uitvoering geven aan de klikplicht (§ 2.4), de sancties op niet-naleving van de klikplicht (§ 2.5). Daarbij richten wij ons niet op een uitputtende bespreking van deze onderdelen, maar behandelen wij alleen die aspecten die kunnen doorwerken bij de civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaringsregelingen. Wij ronden deze paragraaf dan ook af met een beschouwing over de gevolgen van de klikplicht voor beleggingsondernemingen in relatie tot hun mogelijke civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid en de relevantie van de civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaringsregelingen (§ 2.6).

2.1 *Herkomst van de klikplicht*

De klikplicht heeft een Europese herkomst. De richtlijn marktmisbruik⁴ verplicht namelijk lidstaten om degenen die beroepshalve transacties in financiële instrumenten tot stand brengen een plicht op te leggen om de toezichthouder te waarschuwen ingeval van een redelijk vermoeden van handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (art. 6 lid 9). Uit de preambule van de richtlijn marktmisbruik valt af te leiden dat deze verplichting berust op de gedachte dat marktdeelnemers moeten bijdragen aan het voorkomen van marktmisbruik en dat van hen wordt verwacht dat zij ‘(...) structurele maatregelen nemen ter voorkoming en aan het licht brengen van marktmanipulatie’ (ov. 27). Voor professionele marktpartijen geldt dat zij ‘(...) op verschillende wijzen een bijdrage [moeten] leveren aan marktintegriteit’ (ov. 24).⁵ De klikplicht is derhalve een eigen verantwoordelijkheid van marktdeelnemers ten behoeve van de integriteit van de markt. Mede op voorspraak van het Europees Parlement is de klikplicht in de richtlijn marktmisbruik terecht gekomen. Dat zag namelijk geen heil in de aanvankelijk voorgestelde plicht tot weigering van een transactie ingeval van een redelijk vermoeden van handel met voorwetenschap of marktmanipulatie.⁶ Men wilde een meldingsregeling zoals bij witwassen (waarover hierna § 2.2).⁷

3 Zie voor een korte beschrijving van de grondslag en de hoogte van bestuurlijke boetes in de Wft o.m. Lamp 2011, p. 247–250.

4 Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorwetenschap en marktmanipulatie (marktmisbruik), *PB EG* 2003, L 96/16.

5 Idem de toelichting op de aanvankelijk voorgestelde weigeringsplicht, COM(2001)281 def., p. 9.

6 Zie art. 6 lid 5 richtlijnvoorstel, COM(2001)281 def., p. 19–20.

7 Zie Verslag A5-0069/2002, p. 307.438, p. 32–33.

De Raad ging hierin mee⁸ en de Commissie kon zich er in vinden omdat ‘(...) haar doel om marktpartijen bij de bestrijding van marktmisbruik te betrekken, bewaard is gebleven.’⁹

De Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling¹⁰ geeft een uitwerking van de klikplicht zoals omschreven in de richtlijn marktmisbruik. Zij herformuleert de klikplicht en stelt regels voor het tijdstip van klikken en de inhoud en de wijze van de melding. Over deze bepalingen hebben de toezichthouders op de Europese financiële markten in het verband van wat thans de European Securities and Markets Authority (ESMA) heet, nadere richtlijnen verschaft, de zgn. ‘guidance’.

Aan dit samenstel van richtlijnbeepalingen is aanvankelijk uitvoering gegeven met de Wet Marktmisbruik.¹¹ Die wet introduceerde onder meer de artikelen 47c-47d in de toenmalige Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995 (oud)) welke bepalingen de klikplicht respectievelijk de vrijwaring regelden.¹² Deze bepalingen hebben gegolden van 1 oktober 2005 tot 1 januari 2007, het moment van inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht.¹³ Bij het ontwerpen van deze bepalingen hebben de meldingsplicht en de vrijwaringsregeling van de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties (art. 9, 12 en 13 Wet MOT (oud)) ter inspiratie gediend. De klikplicht heeft een eigen regeling gevonden in de Wte 1995, terwijl de vrijwaringsbepaling van artikel 47d Wte 1995 (oud) duidelijke overeenkomsten vertoont met artikelen 12-13 Wet MOT (oud).

Bij de overheveling van de marktmisbruikbepalingen uit de Wte 1995 naar de Wft zijn de klikplicht en de vrijwaringsbepaling met enkele wijzigingen en zonder uitgebreide toelichting overgenomen in artikelen 5:62 en 5:63 Wft. Vanuit de Tweede Kamer is daar kritiek opgekomen; er werd gesignaleerd dat onder meer ten aanzien van de klikplicht ‘(...) belangrijke wijzigingen (...) opgenomen zonder dat daarvoor een motivering is opgenomen in de memorie van toelichting.’¹⁴

Ten slotte zijn voorschriften van de genoemde uitvoeringsrichtlijn uitgewerkt in artikel 9 Besluit marktmisbruik Wft.¹⁵ Deze bepaling is nog steeds van kracht.

8 Gemeenschappelijk standpunt (EG) Nr. 50/2002, *Pb EG* 2002, C 228 E/19, p. 28, 32.

9 SEC(2002) 889 def., p. 7.

10 Richtlijn 2004/72/EG van de Commissie van 29 april 2004 tot uitvoering van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad wat gebruikelijke marktpraktijken, de definitie van voorwetenschap met betrekking tot van grondstoffen afgeleide instrumenten, het opstellen van lijsten van personen met voorwetenschap, de melding van transacties van leidinggevende personen en de melding van verdachte transacties betreft, *Pb EG* 2004, L 162/70.

11 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 39, 46-47, 50 (MvT) alsook *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 607 (MvT).

12 *Stb.* 2005, 346.

13 Zie *Stb.* 2005, 466 resp. *Stb.* 2006, 664.

14 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 28, p. 36.

15 Besluit van 12 oktober 2006, houdende regels tot uitvoering van diverse bepalingen van hoofdstuk 5.4 van de Wet op het financieel toezicht, *Stb.* 2006, 510.

Uit dit overzicht van de herkomst van de klikplicht (en de vrijwaring) blijkt dat die een Europese oorsprong heeft waarbij voor de uitvoering inspiratie is geput uit een reeds bestaande en vergelijkbare klikplicht. Deze ‘gelaagde’ totstandkomingsgeschiedenis heeft haar uitwerking in de interpretatie en de betekenis van onderdelen van de huidige wettelijke regeling van de klikplicht en de vrijwaring (art. 5:62–5:63 Wft). Dat wordt in de hand gewerkt door de werkwijze van de regering bij het vaststellen van de Wft. De regering verwijst ofwel terug naar eerdere wetgeving ofwel licht een onderdeel van de bepaling niet toe. In het navolgende zullen wij dan ook regelmatig teruggrijpen op deze ontwikkelingen in de wetsgeschiedenis.

2.2 *Ratio van de klikplicht*

De klikplicht is neergelegd in artikel 5:62 Wft. Ingevolge deze bepaling zijn beleggingsondernemingen verplicht om een redelijk vermoeden van een transactie waarbij sprake is van enkele vormen van marktmisbruik onverwijld te melden aan de AFM. Over de ratio van deze klikplicht is de wetgever beknopt geweest. De memorie van toelichting geeft voor alle meldingsplichten van hoofdstuk 5.4, waaronder de klikplicht, aan dat die zijn ‘(...) bedoeld om preventief te werken’.¹⁶ Meer niet. Hoe en in welk opzicht de klikplicht preventief zou moeten werken, wordt niet toegelicht. Dit kan evenwel worden afgeleid uit de omstandigheid dat de inhoud van artikel 5:62 Wft volgens de wetgever goeddeels is overgenomen van artikel 47c Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte 1995).¹⁷ Voor die bepaling is aangegeven dat de preventieve werking is gelegen in de afschrikking van personen die via beleggingsondernemingen illegale transacties willen uitvoeren.¹⁸ Hier valt wel het een en ander op af te dingen.

Ten eerste is het niet waarschijnlijk dat alle cliënten van beleggingsondernemingen weten dat beleggingsondernemingen een klikplicht hebben. Ten tweede is, voor zover wij weten, niet empirisch getoetst of cliënten zich inderdaad laten weerhouden van het opdracht geven tot het uitvoeren van een illegale transactie wanneer zij wel op de hoogte zijn van het bestaan van de klikplicht.¹⁹ Dat geldt overigens ook voor de aan het strafrecht toegedichte preventieve werking; die wordt aangenomen, maar kan niet empirisch worden onderbouwd.²⁰ Ten derde gaat het bij de klikplicht toch vooral om het vergroten van de effectiviteit van de handhaving.²¹ Immers, het effect van de klikplicht is dat de beleggingsondernemingen worden ingeschakeld voor het detecteren en zelfs ‘opsporen’ van mogelijk

16 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 605 (MvT).

17 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 607 (MvT).

18 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 16 (MvT).

19 Zo ook 't Hart 2008, p. 300.

20 Zie Kelk & De Jong 2013, p. 564.

21 Aldus de regering, zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 7, p. 15.

illegale transacties, zodat zij fungeren als een vooruitgeschoven post van de toezichthouder, de AFM. Dat blijkt ook uit de wijze waarop uitvoering aan de klikplicht moet worden gegeven, waarover § 2.4. Daarmee draagt de klikplicht bij aan het repressieve karakter van het toezicht op en de handhaving van de Wft.²² Voorts is de niet-naleving van de klikplicht door beleggingsondernemingen met punitieve sancties bedreigd om zo te bewerkstelligen dat ook daadwerkelijk uitvoering wordt gegeven aan de klikplicht. Daarmee is duidelijk dat de klikplicht geen vrijblijvend instrument is (zie verder § 2.5).

Gelet op het voorgaande is het belang van de klikplicht met name gelegen in het mogelijk maken van een effectief toezicht en een effectieve handhaving.²³ Het betekent ook dat beleggingsondernemingen als private partijen worden ingeschakeld voor een publieke taak, namelijk toezicht op en handhaving van de marktmisbruikbepalingen. Dat kan, zoals wij in de inleiding hebben aangegeven, leiden tot conflicterende belangen of zelfs aansprakelijkheden. Het is tegen deze achtergrond dat de civielrechtelijke vrijwaring en de strafrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 Wft moet worden begrepen. Door beide vormen van vrijwaring wettelijk te garanderen, worden mogelijke belemmeringen voor beleggingsondernemingen om mee te werken aan de uitvoering van de klikplicht weggenomen. Maar daarin is volgens ons niet de stimulans gelegen voor beleggingsondernemingen om mee te werken; dat volgt veeleer uit de sancties gesteld op het niet-naleven van de klikplicht (waarover meer in § 2.5).

Voor deze duiding van de ratio van de klikplicht en de betekenis van de civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaring vinden wij steun in de oorsprong van beide. De klikplicht is namelijk als eerste bindend geformuleerd in de (inmiddels vervallen) eerste witwasrichtlijn,²⁴ ook al is dat niet in die bewoordingen gesteld.²⁵ In die richtlijn was kort gezegd bepaald dat de lidstaten er voor moeten zorgen dat kredietinstellingen en financiële instellingen uit eigen beweging feiten die zouden kunnen wijzen op witwassen melden aan de toezichthouder (art. 6). Dit is een klikplicht. Het inzetten van private partijen als kredietinstellingen en financiële instellingen voor de aanpak van witwassen is door de Europese wetgever verplicht vanuit de idee dat de integriteit van het financiële stelsel niet zonder samenwerking tussen deze private partijen en de publieke toezichthouder kan worden geborgd. Diezelfde

22 Zie ook 't Hart 2008, p. 300.

23 Idem de regering over de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties van de Wet MOT (oud), *Kamerstukken II* 1992/93, 23 009, nr. 6, p. 1–2, 3.

24 Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, *Pb EG* 1991, L 166/77. Die op dit punt ongetwijfeld was geïnspireerd op aanbevelingen 15, 16 en 17 van de 40 Recommendations, Financial Action Task Force on Money Laundering, Report 1990, zie <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/1990%20ENG.pdf>.

25 De verplichting om ongebruikelijke (of internationaal verband: verdachte) transacties te melden aan de toezichthouder pleegt niet te worden aangeduid als een klikplicht, terwijl zij dat welbeschouwd wel is. Immers, van een transactie die leidt tot een verdenking van witwassen moet melding worden gemaakt, hetgeen onzes inziens gelijk is aan het melden van een transactie die aanleiding geeft tot een redelijk vermoeden van overtrekking van marktmisbruikbepalingen.

gedachte van samenwerking en gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de integriteit van de financiële markten ligt, zoals wij hebben laten zien in § 2.1, ten grondslag aan de richtlijn marktmisbruik. Met een klikplicht zou kunnen worden bereikt dat ‘(...) wordt verzekerd dat de inlichtingen aan de genoemde autoriteiten worden verstrekt zonder dat de betrokken cliënten hierop bedacht zijn, het meest doeltreffend is om deze samenwerking te verwezenlijken’, aldus de preambule bij de eerste witwasrichtlijn. Kortom, het gaat de Europese wetgever om preventie en repressie. Tegelijkertijd realiseerde de Europese wetgever zich dat bij een dergelijke inschakeling van private partijen er ook een ‘bijzondere beschermingsclausule’ nodig was, aldus de preambule bij de eerste witwasrichtlijn. Om die reden voorzag deze richtlijn in een beperkte civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaring. Gemelde gegevens mochten niet ‘(...) voor de kredietinstelling of de financiële instelling, de werknemers of de leiding daarvan *generlei aansprakelijkheid* met zich [brengen]’ (onze curs., FK – SDV), aldus artikel 9. Dat hiermee een civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid moet zijn bedoeld volgt uit de omstandigheid dat de eerste witwasrichtlijn mede was geïnspireerd op de 40 Recommendations van de Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF).²⁶ Aanbeveling 16 bepaalt dat financiële instellingen en hun medewerkers moeten worden beschermd tegen ‘criminal or civil liability’ in ruime zin.²⁷ Deze benadering past bij artikel 9 van de eerste witwasrichtlijn.

2.3 *Reikwijdte van de klikplicht*

De reikwijdte van de klikplicht wordt bepaald door de normadressaat en de gevallen waarin moet worden geklikt, zoals bepaald door de wettelijke toepassingsvoorwaarden van de relevante delicten, de transacties en de opdrachten daartoe, de aard van de betrokkenheid en het redelijk vermoeden.

2.3.1 *Wie moet klikken?*

De normadressaat is in artikel 5:62 lid 1 Wft duidelijk genoemd. Het moet gaan om een beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 1:1 Wft.²⁸ Dat is degene die een beleggingsdienst verleent of een beleggingsactiviteit verricht. Als gevolg van deze wijze van definiëren, moet de inhoud van het begrip beleggingsonderneming verder worden afgebakend door de definities van het verlenen van beleggingsdiensten en het verrichten van beleggingsac-

²⁶ Aldus de preambule bij de eerste witwasrichtlijn.

²⁷ Ter zake luidt aanbeveling 16: ‘Accordingly, there should be legal provisions to protect financial institutions and their employees from criminal or civil liability for breach of any restriction on disclosure of information imposed by contract or by any legislative, regulatory or administrative provision, if they report in good faith, in disclosing suspected criminal activity to the competent authorities, even if they did not know precisely what the underlying criminal activity was, and regardless of whether illegal activity actually occurred.’

²⁸ Aldus ook *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 37, p. 74.

tiviteiten in artikel 1:1 Wft. Die definities kennen deels zelf weer begrippen die elders in artikel 1:1 Wft worden gedefinieerd. Het voert voor deze bijdrage te ver om precies af te bakenen wat beleggingsondernemingen zijn.²⁹ Is namelijk eenmaal vastgesteld dat een financiële onderneming kwalificeert als beleggingsonderneming, dan kan er een klikplicht bestaan en komen de civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaringsregelingen van artikel 5:63 leden 1–2 Wft in beeld. Voor een goed begrip volstaat dat banken beleggingsondernemingen zijn, maar bijvoorbeeld verzekeraars en beleggingsinstellingen niet.

2.3.2 *In welke gevallen: de delicten*

De gevallen waarvoor een klikplicht geldt, zijn aangeduid in artikel 5:62 lid 1 Wft. Het betreft de werkzaamheden van een bank in of vanuit Nederland voor transacties of opdrachten daartoe die een overtreding van het verbod van handel met voorwetenschap (art. 5:56 leden 1 en 3 Wft) of een overtreding van het verbod van marktmanipulatie (art. 5:58 lid 1 Wft) opleveren. Daarmee is de werkingssfeer beperkt tot een tweetal delicten inzake marktmisbruik. De duale handhavingssystematiek van de Wft maakt dat beide feiten zowel strafbare feiten (misdrijven) als beboetbare feiten zijn, waarbij de boetemaxima van de bestuurlijke boetes in verhouding tot de geldboetes in het strafrecht aanmerkelijk hoger zijn (i.e. een basisbedrag van € 2.000.000 en boetemaximum van € 4.000.000 tegen een maximale geldboete van € 20.250).³⁰

Met de beperking tot handel met voorwetenschap en marktmanipulatie is het tip- en mededelingsverbod van artikel 5:57 Wft uitgesloten. De keuze daartoe is reeds gemaakt bij de Wet Marktmisbruik,³¹ overigens zonder dat daarvoor een verklaring is gegeven. Die verklaring laat zich voor wat betreft het mededelingsverbod van artikel 5:57 lid 1 sub a Wft nog wel bedenken. In dat geval wordt er geen transactie verricht waarvoor de systemen van banken worden benut. Het mededelen van de voorwetenschap onttrekt zich aan de (mogelijke) invloedssfeer van banken. Dat is evenwel anders voor het tipverbod van artikel 5:57 lid 1 sub b Wft. In dat geval bestaat de verboden gedraging uit het aanbevelen van of aanzetten tot een transactie op basis van voorwetenschap, waarbij niet noodzakelijkerwijs de voorwetenschap wordt overgedragen. Wordt de desbetreffende transactie inderdaad verricht (of opdracht toe worden gegeven), dan worden wel de systemen van een of meer

29 Zie daarvoor bijv. Grundmann-Van de Krol 2012, p. 110–112.

30 Zie voor de misdrijven art. 1 sub 3 WED dat handel met voorwetenschap en marktmanipulatie aanwijst als economisch delict, waarbij art. 2 lid 3 WED jo. art. 5:54 Wft de delicten bestempelen tot misdrijf, waarop ingevolge van art. 6 lid 1 sub 2 WED een geldboete van de vierde categorie en een gevangenisstraf van maximaal twee jaar staat. Dat het ook beboetbare feiten zijn volgt uit art. 1:80 lid 1 sub a Wft en de bijlage daarbij, waarna via art. 1:81 lid 1 Wft jo. art. 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (BBBFS) de toepasselijke boetecategorie is aangewezen (in casu derde categorie) en vervolgens via art. 1:81 lid 2 Wft jo. art. 2 lid 1 BBBFS de hoogte van de boete is bepaald.

31 Zie art. 47c Wte 1995 (oud), *Stb.* 2005, 346.

banken gebruikt. Mocht de bank in dat geval een redelijk vermoeden van een transactie op grond van voorwetenschap hebben, dan geldt de klikplicht evenwel niet.

2.3.3 *In welke gevallen: transacties en opdrachten tot transacties*

De klikplicht ziet op transacties die vallen onder het verbod van handel met voorwetenschap en het verbod van marktmanipulatie, hetgeen nader is bepaald in artikelen 5:56 leden 1, 3 en 5 respectievelijk 5:58 leden 1–3 Wft. Wij verwijzen verder naar die bepalingen en de uitleg daarvan in literatuur.³²

Opgdrachten tot transacties moeten evenzeer worden gemeld. Daaronder begrijpen wij het door de cliënt verstrekken van zodanige informatie aan de bank dat die daarmee – en zonder verdere tussenkomst van de cliënt – een order tot een transactie in het desbetreffende handelssysteem kan (laten) inleggen.³³ Aldus beoogde de regering de klikplicht reeds te laten ontstaan op het moment dat een bank ten tijde van het verstrekken van de opdracht tot de transactie het in artikel 5:62 lid 1 Wft bedoelde redelijk vermoeden heeft. Voor het activeren van de klikplicht hoeft derhalve niet te worden afgewacht tot het tot stand komen van de transactie.³⁴ Dat betekent dat ook gevallen waarin de opdracht om wat voor reden ook niet wordt uitgevoerd er al ingevolge de klikplicht moet worden gemeld.³⁵

2.3.4 *In welke gevallen: de aard van de betrokkenheid*

De klikplicht geldt voor de bank die bij de hiervoor genoemde transacties ‘werkzaamheden verricht’ en dat in of vanuit Nederland doet. Daaronder zijn uiteraard begrepen het aannemen en het verwerken van de opdracht voor een transactie en deze uit laten voeren en afwikkelen via de handelssystemen van de desbetreffende markt.³⁶ Dit zijn dan transacties die verlopen via de effectenrekening die de cliënt bij de bank aanhoudt. Dat de hiermee gemoeide werkzaamheden onder de klikplicht vallen, volgt uit de ratio van de klikplicht (zie § 2.2). Banken ontsluiten immers via het verlenen van beleggingsdiensten en het verrichten van beleggingsactiviteiten de effectenmarkten voor hun cliënten. Die cliënten moeten zij vanwege het ‘know your customer’-principe van de Wft kennen, zodat zij dan in de positie zijn om te beoordelen of er sprake is van een transactie die een redelijk vermoeden van overtreding van het verbod van handel met voorwetenschap of marktmanipulatie oplevert.

³² Zie o.m. Kristen 2004, p. 509–534; Italianer 2008, p. 83–84.

³³ Soortgelijk ’t Hart 2008, p. 306.

³⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 7, p. 3 en nr. 8, p. 8. Dit is ook de lijn van CESR, Guidelines. Market Abuse Directive Level 3 – Third set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market, CESR/09-219, 15 May 2009, p. 8.

³⁵ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 39. Voor een uitwerking zie ’t Hart 2008, p. 305–306.

³⁶ Dat zijn alle markten die worden bestreken door het verbod van handel met voorwetenschap en het verbod van marktmanipulatie, zoals de gereguleerde markt van Euronext Amsterdam, maar ook over-the-counter markten als de NASDAQ. Vgl. de toelichting op art. 9 Besluit marktmisbruik, *Stb.* 2006, 510, p. 40.

Echter, de formulering van artikel 5:62 lid 1 Wft is zodanig ruim dat ook een minder vergaande betrokkenheid bij het tot stand brengen van de transactie onder de reikwijdte van de klikplicht vallen. Denk aan de veel voorkomende werkzaamheden van het bemiddelen³⁷ bij het tot stand komen van de transactie, bijvoorbeeld door de cliënt toegang te verlenen tot execution-only-systemen of de cliënt door te verwijzen naar een andere beleggingsonderneming die vervolgens de opdracht tot de transactie aanneemt, alsook de werkzaamheid van het adviseren in het kader van de (opdracht tot de) transactie.³⁸ De vraag is of dit type werkzaamheden ook is bedoeld met het ‘werkzaamheden verricht’ van artikel 5:62 lid 1 Wft. Een bevestigende beantwoording behelst een aanmerkelijke uitbreiding van de werkingssfeer van de klikplicht. Ingeval van doorverwijzen zal een dubbele of wellicht zelfs meervoudige klikplicht ontstaan, omdat ook een klikplicht rust op de bank naar wie de cliënt is doorverwezen voor het uiteindelijk laten uitvoeren van zijn transactie. Die bank verricht namelijk werkzaamheden in de zin van het tot stand (laten) brengen van de transactie. De wettekst sluit al deze gevallen in. ’t Hart neemt voor transacties via execution-only-systemen aan dat de klikplicht geldt.³⁹ Bij execution-only dienstverlening lopen banken dan het risico dat er op basis van te weinig gegevens toch wordt geklikt en daarvoor aansprakelijk worden gehouden. Bij dubbeling van de klikplicht kunnen meer banken voor de schade als gevolg van het klikken van dezelfde transactie aansprakelijk worden gesteld en zich genoodzaakt zien tot het invoeren van de vrijwaring.

2.3.5 *In welke gevallen: redelijk vermoeden*

Alleen wanneer een bank een redelijk vermoeden heeft dat een transactie (of de opdracht daartoe) een overtreding van het verbod van handel met voorwetenschap en het verbod van marktmanipulatie behelst, moet zij volgens de klikplicht melden. Hieruit volgt dat de klikplicht wordt geactiveerd op het moment van het ontstaan van het redelijk vermoeden dat de transactie verdacht is. De klikplicht is daarmee niet gekoppeld aan het moment van het geven van de opdracht tot de transactie door cliënt of het moment van tot stand komen van de transactie. Steun voor deze uitleg kan worden gevonden in de tekst van artikel 8 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling.⁴⁰

37 Als bedoeld in art. 47c Wte 1995 (oud), de voorloper van art. 5:62 Wft, welke bepaling de minister op dit punt zonder beoogde inhoudelijke wijziging wenste over te nemen, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 37, p. 73.

38 De normadressaat van de klikplicht is immers een beleggingsonderneming en die verleent krachtens art. 1:1 Wft diensten, waaronder onder meer zijn begrepen het ontvangen en doorgeven van orders van cliënten en het adviseren over financiële diensten (zie art. 1:1 Wft). Zie voor execution-only dienstverlening ook ’t Hart 2008, p. 308.

39 ’t Hart 2008, p. 309.

40 Die bepaling luidt namelijk: ‘De lidstaten dragen er zorg voor dat ingeval in artikel 1, punt 3, bedoelde personen kennis hebben gekregen van enigerlei feit dat of inlichting die een redelijk vermoeden doet rijzen dat de transactie in kwestie verdacht is, dit onverwijld melden.’

Voorts volgt uit de tekst van artikel 5:62 lid 1 Wft dat de bank niet ‘(...) verplicht [is] actief op zoek te gaan naar misstanden.’⁴¹ De klikplicht wordt immers alleen geactiveerd bij het ontstaan van het redelijk vermoeden als bedoeld in artikel 5:62 lid 1 Wft.

Is eenmaal het redelijk vermoeden ontstaan, dan moet de bank ingevolge artikel 5:62 lid 1 Wft ‘onverwijld’ melden aan de toezichthouder. Gelet op de stilzwijgen van de parlementaire geschiedenis van artikel 5:62 lid 1 Wft op dit punt, de tekst van artikel 8 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling (‘onverwijld’/ ‘without delay’), het samenstel van artikelen 9–10 van die Uitvoeringsrichtlijn⁴² en daarop gebaseerde richtlijnen van ESMA⁴³ mag worden aangenomen dat ‘onverwijld’ dan betekent zo snel mogelijk. Dat houdt enerzijds niet in een onmiddellijke melding, maar anderzijds mag niet worden gewacht met melden totdat de bank alle benodigde gegevens heeft verzameld.⁴⁴ Aanvullende gegevens kunnen later worden verstrekt.

Ondanks aandringen vanuit de Tweede Kamer heeft de minister het begrip ‘redelijk vermoeden’ niet geconcretiseerd.⁴⁵ Wel heeft hij (later) aangegeven dat als het vermoeden is gebaseerd op een combinatie van transacties, al deze transacties moeten worden gemeld.⁴⁶ Maar daarmee is het vereiste van het redelijk vermoeden zelf nauwelijks ingevuld; wij kunnen hieruit alleen afleiden dat kennelijk context relevant is voor het vaststellen van het redelijk vermoeden. Van de bevoegdheid om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels ter bepaling van het redelijk vermoeden te stellen (art. 5:62 lid 3 Wft) is (nog) geen gebruik gemaakt.

Op het niveau van de Europese Unie is wel enige uitwerking gegeven aan het vereiste van een redelijk vermoeden. Artikel 7 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling bepaalt dat per geval moet worden beoordeeld of sprake is van een redelijk vermoeden, waarbij de meldingsplichtige zich moet oriënteren op de bestanddelen van de verbodsbepalingen van handel met voorwetenschap en marktmanipulatie. Daarnaast heeft de ESMA enige richtlijnen verschaft. Ter invulling van het redelijk vermoeden moeten banken een kwalitatieve maatstaf aanhouden en in de gegeven

41 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 22 (MvT).

42 Die inhouden dat een onvolledige melding altijd later kan worden aangevuld ‘(...) as soon as it [de ontbrekende informatie, FK – SDV] becomes available’ (art. 9 lid 2) en de melding per post, e-mail, telefoon en fax kan geschieden (art. 10), vrijwel allemaal instrumenten voor snelle communicatie. Zie ook art. 9 leden 2 en 3 Besluit marktmisbruik Wft.

43 Zie CESR, Market Abuse Directive Level 3 – first set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive, CESR/04-505b, p. 17 (inhoudend dat volledige informatie niet hoeft te worden afgewacht en dat ‘the first contact quickly’ is, zonodig per telefoon) en CESR, Guidelines. Market Abuse Directive. Level 3 – Third set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market, 15 May 2009, CESR/09-219, p. 9 (het voorgaande bevestigend).

44 Vgl. ‘t Hart 2008, p. 328–329, die spreekt over dezelfde dag of enkele dagen na het ontstaan van het redelijk vermoeden.

45 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 5, p. 3, 6 en nr. 7, p. 9, *Handelingen II* 2004/05, p. 83–4980 en het antwoord van de minister in *Handelingen II* 2004/05, p. 83–4985.

46 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 39 (MvT); *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 608 (MvT).

omstandigheden van het geval beoordelen of er gronden zijn voor een redelijk vermoeden, waarbij een eerder vastgestelde lijst van indicatoren nog steeds als leidraad mag gelden.⁴⁷ De AFM verlangt hier van medewerkers van banken een 'professional judgement'.⁴⁸

Een nadere precisering van het redelijk vermoeden valt moeilijk te geven en dat hoeft in het verband van deze bijdrage ook niet.⁴⁹ Voor het beroep op de vrijwaringsregelingen moet immers vaststaan dat er een klikplicht geldt en dus dat er voldaan is aan het vereiste van een redelijk vermoeden.

Een andere kwestie is of het redelijk vermoeden van artikel 5:62 lid 1 Wft gelijk te stellen is als het strafvorderlijk verdenkingsbegrip van het redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit van artikel 27 Sv. Deze vergelijking ligt voor de hand, omdat de klikplicht in essentie ziet op het melden van verdachte transacties, dat wil zeggen transacties (of opdrachten daartoe) die een overtreding van het verbod van handel met voorwetenschap of het verbod van marktmanipulatie opleveren. De klikplicht materialiseert immers de verantwoordelijkheid van banken voor het detecteren van deze overtredingen. Daarbij fungeert het vereiste van het redelijk vermoeden als ingangseis die de klikplicht activeert. Zonder redelijk vermoeden geen klikplicht. Daarmee is tegelijkertijd duidelijk dat het vereiste van het redelijk vermoeden ook een waarborgfunctie heeft voor vooral de bank en in mindere mate voor haar cliënt. Wordt de maatstaf van het redelijk vermoeden namelijk niet gehaald, dan geldt, als gezegd, geen klikplicht en komt de transactie (of opdracht daartoe) niet via de bank ter ore van de AFM. De desbetreffende transactie kan zonder belemmering worden uitgevoerd. De bank is daarmee niet in het lastige parket gebracht als bedoeld in de inleiding (zie § 1). Haar betrokkenheid bij de transactie zal geen overtreding van een strafbepaling of voorschrift van de Wft opleveren en doordat de transactie is uitgevoerd, komt de bank de overeenkomst met cliënt na. Van schade bij de cliënt door het klikken en/of niet uitvoeren van de transactie zal geen sprake zijn. Hier ligt dan ook een belangrijk verschil met het verdenkingsbegrip van artikel 27 Sv. Dat strekt niet ter bescherming van de opsporingsambtenaar, maar van degene die als verdachte wordt aangemerkt en daardoor de rechten heeft die aan verdachten toekomen krachtens het Wetboek van Strafvordering, rechtspraak, en het EVRM. Dit cruciale verschil maakt voor ons dat het redelijk vermoeden van de klikplicht niet inhoudelijk gelijk te stellen is aan het redelijk vermoeden van een strafbaar feit van artikel 27 Sv.⁵⁰ Wel kan uit die bepaling inspiratie worden geput voor het operationaliseren van het vereiste van redelijk

47 CESR, Feedback Statement. Market Abuse Directive Level 3 – Third set of CESR guidance and information on common operation of the Directive to the market, CESR/09-220, 15 May 2009, p. 9. Zie voor de lijst van indicatoren: CESR, Market Abuse Directive Level 3 – first set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive, CESR/04-505b, p. 15–17.

48 Zie <http://www.afm.nl/nl/professionals/diensten/veelgestelde-vragen/marktmisbruik/meldingsplicht>. Zie ook 't Hart 2008, p. 318–326.

49 Zie voor een beschouwing over het redelijk vermoeden: 't Hart 2008, p. 310–317.

50 Tot dezelfde conclusie, maar langs andere weg, komt 't Hart 2008, p. 311–312.

vermoeden van de klikplicht. In artikel 27 Sv liggen namelijk drie vereisten besloten die toegepast in de context van de klikplicht inhouden:⁵¹

- a. Objectiverbaarheid: ieder redelijk oordelend persoon zou op basis van de concrete en objectieve feiten en omstandigheden van het geval redelijkerwijs tot de conclusie kunnen komen dat degene die opdracht geeft tot de transactie zich vermoedelijk schuldig maakt aan overtreding van het verbod van handel met voorwetenschap en/of marktmanipulatie.
- b. Individualiseerbaarheid: het moet gaan om een aanwijsbaar individu dat de opdracht tot de transactie geeft, c.q. de cliënt van de bank.
- c. Concretiseerbaarheid: het moet gaan om een bepaald strafbaar feit, hetgeen in dit verband het overtreden van het verbod van handel met voorwetenschap en/of marktmanipulatie betreft.

Een nadere, meer materiële uitwerking van het redelijk vermoeden van de klikplicht valt niet te geven; het is steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Overigens, ook voor artikel 27 Sv geldt dat een verdergaande precisering van het aldaar bedoelde redelijk vermoeden niet goed mogelijk is.⁵²

2.4 *Wijze van uitvoering van de klikplicht*

Voor de mogelijke civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bank als gevolg van het klikken van een verdachte transactie en daarmee ook het invoeren van de civielrechtelijke respectievelijk strafrechtelijke vrijwaring is van belang welke informatie aan de AFM moet worden gemeld. Gegevens over de cliënt of betrokken derden kunnen van invloed zijn op de aard en de omvang van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de bank. Terwijl gegevens over de werkzaamheden die de bank heeft verricht voor de verdachte transactie de AFM informatie verschaffen over de betrokkenheid van de bank bij die transactie. Aldus kan duidelijk worden of de gedragingen van de bank medeplichtigheid opleveren. Voor deze laatste gegevens geldt overigens dat het nemo tenetur-beginsel beperkingen stelt aan de wijze van het gebruik van deze gegevens, verkregen in het kader van bestuursrechtelijk genormeerd toezicht, in een latere strafrechtelijke procedure tegen de bank.⁵³

Artikel 5:62 lid 1 Wft bepaalt niets over welke informatie de bank ter uitvoering van de klikplicht aan de AFM moet verstrekken, behoudens dat een ‘melding’ moet worden gedaan. Die melding wordt een STR genoemd, een Suspicious Transaction Report.⁵⁴ Wat

⁵¹ Zie over deze drie vereisten o.m. Sikkema 2008, aant. 8.1 en 9 op art. 27, in: Melai/Groenhuijsen e.a.

⁵² Zie Sikkema 2008, aant. 6 op art. 27, in: Melai/Groenhuijsen e.a.

⁵³ Zie over deze thematiek o.m. Luchtman 2007, p. 156–166; Corstens & Borgers 2014, p. 350–355.

⁵⁴ Zie <http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-voor/beleggingsondernemingen/doorlopende-verplichtingen/marktmisbruik/meldingsplicht.aspx>.

de melding moet inhouden, volgt uit artikel 9 Besluit marktmisbruik Wft. Deze algemene maatregel van bestuur is vastgesteld op basis van artikel 5:62 lid 3 Wft en strekt tot uitvoering van artikelen 9–10 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling.⁵⁵ Aangezien centraal staat de vraag naar mogelijke aansprakelijkheden van banken in het kader van de klikplicht en de vrijwaring daarvan, concentreren wij ons op de onderdelen van artikel 9 Besluit marktmisbruik Wft die daartoe relevant zijn.

Artikel 9 lid 1 sub c Besluit marktmisbruik Wft bepaalt dat niet alleen dat gegevens over de identiteit van opdrachtgevende cliënt moeten worden verstrekt. Ook identiteitsgegevens van betrokken derden moeten worden gemeld, alsook voor wiens rekening de opdracht tot de transactie is gegeven. Aldus worden de cliënt en eventuele derden bij de AFM bekend als personen ten aanzien van wie wordt vermoed dat zij zich schuldig maken aan marktmisbruik. Dat kan resulteren in reputatieschade en andere schade, vooral wanneer de AFM op basis van de melding onderzoek instelt en handhavend optreedt (ofwel door beboeting van de gemelde personen, ofwel door overdracht van de zaak aan het Openbaar Ministerie met het oog op strafvervolgning). Doordat de bank ingevolge artikel 9 lid 1 sub a Besluit marktmisbruik Wft ook de transactiegegevens moet melden,⁵⁶ wordt daarmee bij de AFM bekend welke gedraging(en) door de cliënt en eventuele derden zijn verricht en die in het licht van de verbodsbepalingen inzake handel met voorwetenschap en/of marktmanipulatie moeten worden beoordeeld. In die verbodsbepalingen is de transactie een kernbestanddeel en informatie over de transactie is daarmee potentieel belastend.

De bank moet uit hoofde van artikel 9 lid 1 sub d Besluit marktmisbruik Wft gegevens over de eigen betrokkenheid bij de verdachte transactie melden. Ingevolge dit voorschrift moet namelijk worden gemeld in welke hoedanigheid de bank is opgetreden. Hieronder wordt begrepen de rol die de bank heeft ingenomen in de relatie met cliënt, zoals broker of agent.⁵⁷ Daaruit lijkt nog niet te volgen dat de bank precies moet vermelden wat de eigen werkzaamheden zijn geweest voor het realiseren van de transactie. Maar de verplichting daartoe kan worden gebracht onder artikel 9 lid 1 sub a, b en e Besluit marktmisbruik Wft. Ingevolge sub a moeten namelijk de transactiegegevens worden gemeld, volgens sub b de redenen voor het redelijk vermoeden en volgens sub e al hetgeen redelijkerwijs van belang is voor het onderzoek door de AFM naar overtreding van een of meer marktmisbruikbepalingen. Dit samenstel van bepalingen ziet derhalve op de gedragingen die de bank heeft verricht en die zouden kunnen kwalificeren als een vorm van medeplichtigheid (zie daarover § 2.6). Aldus wordt de bank krachtens artikel 9 Besluit marktmisbruik Wft verplicht

⁵⁵ Zie de toelichting op art. 9 Besluit marktmisbruik Wft, *Stb.* 2006, 510, p. 39.

⁵⁶ Te weten: *i*) een beschrijving van de transactie of de opdracht, hetgeen onder meer omvat de naam en soort financiële instrumenten, koop of verkoop, prijs, datum en tijdstip van de transactie, *ii*) het type order, i.e. onder meer soort order (limiet, bestens etc.) en blocktrade, en *iii*) het type handelsplatform, i.e. onder meer gereguleerde of OTC-markt en welke markt. Zie de toelichting op art. 9 Besluit marktmisbruik Wft, *Stb.* 2006, 510, p. 40.

⁵⁷ Aldus de toelichting op art. 9 Besluit marktmisbruik Wft, *Stb.* 2006, 510, p. 40.

potentieel incriminerende gegevens over de eigen betrokkenheid te melden aan de AFM. Die kan deze gegevens ofwel doorspelen aan het Openbaar Ministerie ten behoeve van een strafrechtelijk onderzoek naar de betrokkenheid van de bank bij de verdachte transactie, ofwel gebruiken voor de vaststelling van een overtreding van de verbodsbepalingen inzake handel met voorwetenschap en marktmanipulatie en een boeteoplegging voor dat feit. Hier is de strafrechtelijke vrijwaring van betekenis.

2.5 *Financiële sancties op niet-naleving van de klikplicht*

Op de niet-naleving van de klikplicht zijn bestuursrechtelijke financiële sancties gesteld.⁵⁸ De bank die geen (adequaat) gevolg geeft aan de klikplicht, kan door de AFM worden beboet met een bestuurlijke boete van € 500.000.⁵⁹ Dit bedrag kan worden verhoogd tot maximaal € 1.000.000 of verlaagd tot maximaal € 250.000 al naar gelang de ernst en duur van de overtreding alsook de verwijtbaarheid van de overtreder, zie artikel 2 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (hierna: BBBFS). Verdere matiging kan op grond van draagkracht, zie artikel 4 BBBFS. Recidive en voordeel zijn boeteverhogende omstandigheden, zie artikel 1:81 leden 1 en 6 Wft. Niet-naleving van de klikplicht levert geen strafbaar feit op. Artikel 5:62 lid 1 Wft staat namelijk niet genoemd in artikel 1 WED.

Daarnaast kan de AFM een bestuurlijke dwangsom opleggen om naleving van de klikplicht te bewerkstelligen, zie artikel 1:79 lid 1 sub a Wft. De ministeriële regeling waarmee nadere regels kunnen worden vastgesteld voor de last onder dwangsom (zie art. 1:79 lid 2 Wft), is (nog) niet vastgesteld.⁶⁰ Een bestuurlijke dwangsom is vooral functioneel om een bank te bewegen tot het voldoen aan de klikplicht. Maar dat veronderstelt dat de AFM langs een andere weg op de hoogte is geraakt van feiten en omstandigheden die aanleiding geven tot een redelijk vermoeden als bedoeld in artikel 5:62 lid 1 Wft. Terwijl de klikplicht juist is bedoeld om die feiten en omstandigheden ter kennis van de AFM te brengen. Om die reden ligt het gebruik van de bestuurlijke dwangsom minder voor de hand. Dit in tegenstelling tot de bestuurlijke boete, omdat in alle gevallen waarin achteraf blijkt dat sprake is van marktmisbruik en de bank niet heeft gemeld, er vrijwel automatisch de overtreding van het niet-naleven van de klikplicht is gegeven.

⁵⁸ Krachtens de Wft kan de AFM ook andere handhavingsinstrumenten aanwenden, zoals het geven van een aanwijzing, art. 1:75 lid 1 Wft. Deze niet-financiële instrumenten blijven hier buiten beschouwing.

⁵⁹ Dit is gebaseerd op art. 1:80 lid 1 sub a Wft, welke bepaling de AFM boetebevoegdheid verschaft voor onder meer in een bijlage genoemde bepalingen en waarin art. 5:62 lid 1 Wft is genoemd, waarna via art. 1:81 lid 1 Wft jo. art. 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (BBBFS) de toepasselijke boetecategorie is aangewezen (in casu tweede categorie) en vervolgens via art. 1:81 lid 2 Wft jo. art. 2 lid 1 BBBFS de hoogte van de boete is bepaald.

⁶⁰ Zie Van Angeren 2013, p. 196.

Het basisbedrag aan bestuurlijke boete wegens niet-naleven van de klikplicht is vrij hoog. In de structuur van het bepalen van de hoogte van de boete, is matiging de uitzondering. Dat betekent het niet voldoen aan de klikplicht om mogelijke civielrechtelijke en/of strafrechtelijke aansprakelijkheid te vermijden, voor de bank geen optie is. Dan dreigt immers dat de AFM het feit afdoet met een (forse) bestuurlijke boete. In de praktijk valt het alleszins mee, zo lijkt de enige openbaar gemaakte zaak van beboeting wegens schending van de klikplicht uit te wijzen. In die zaak is in 2008 een bestuurlijke boete van € 21.781,00 opgelegd.⁶¹

2.6 *Afsluitende opmerkingen en relatie met vrijwaring*

Uit de bespreking van de toepassingsvoorwaarden van de klikplicht volgt dat deze een ruime reikwijdte heeft. De toepassingsvoorwaarden zijn open van karakter in de zin dat ze ofwel veel omvatten (de opdrachten tot transacties en het werkzaamheden verrichten voor), ofwel betrekkelijk onbepaald zijn (het redelijk vermoeden). Alleen de delicten waarvoor de klikplicht geldt, zijn beperkt tot handel met voorwetenschap en marktmanipulatie. Het gevolg is dat de klikplicht snel wordt geactiveerd. Het zijn evenwel de normadressaten, de banken, die moeten bepalen of aan de toepassingsvoorwaarden is voldaan, en daarbij biedt vooral het vereiste van een redelijk vermoeden een discretionaire bevoegdheid die tevens een verantwoordelijkheid met zich brengt.⁶² Tegelijkertijd levert de niet-naleving van de klikplicht een beboetbaar feit op. Dat betekent dat wanneer de bank niet heeft geklikt, terwijl volgens de AFM wel sprake is van een redelijk vermoeden, de AFM de bank kan beboeten. Er is daarmee een vorm van toezicht op het gebruik van de discretionaire bevoegdheid.

De toepassingsvoorwaarden van de klikplicht brengen met zich dat deze geldt in de navolgende twee situaties.

Een opdracht tot een transactie aan de bank

De eerste situatie betreft het geval dat de cliënt zijn bank een opdracht tot een transactie geeft of daarover spreekt met de bank. De transactie is dan nog niet uitgevoerd. De (aankomende) opdracht van de cliënt laat in het licht van de concrete feiten en omstandigheden van het geval het redelijk vermoeden van artikel 5:62 lid 1 Wft ontstaan. De klikplicht wordt daarmee geactiveerd. De bank moet klikken en bepalen wat zij vervolgens doet, te

⁶¹ Boete KopVos & Partners B.V., zie <http://www.afm.nl/nl/nieuws/2008/okt/boete-kopvos.aspx>.

⁶² Vgl. CESR, Guidelines. Market Abuse Directive. Level 3 – Third set of CESR guidance and information on the common operation of the Directive to the market, 15 May 2009, CESR/09-219, p. 9: ‘CESR would like to emphasise that the responsibility for determining whether to report suspicious transactions and to what extent to provide accompanying information rests solely with the intermediary.’

weten alsnog zodanige werkzaamheden verrichten dat transactie van cliënt tot stand wordt gebracht dan wel weigeren gevolg te geven aan de opdracht van cliënt.

Op de bank rust niet een wettelijke plicht tot weigering van de opdracht; de Wft bepaalt hierover niets. Niettemin onderkent de regering wel deze mogelijke reactie van de bank.⁶³ Naar onze mening zijn er twee argumenten die pleiten voor het weigeren van de opdracht. Ten eerste kan de bank daarmee mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid afwenden (zie hierna). Ten tweede verhindert de bank dat haar cliënt met de verdachte transactie kan laten uitvoeren en belet zij daarmee dat haar cliënt mogelijkerwijs het delict handel met voorwetenschap of marktmanipulatie begaat. Marktmisbruik wordt aldus in elk geval bemoeilijkt, en hopelijk voorkomen als ook andere beleggingsondernemingen de opdracht van cliënt weigeren. Echter, juist in geval van een weigering van de opdracht van de cliënt kan de vraag van civielrechtelijke aansprakelijkheid en dus ook civielrechtelijke vrijwaring gaan spelen. Door het niet uitvoeren van de door de cliënt gewenste transactie, kan cliënt schade lijden. Die schade zal vooral bestaan uit het mislopen van financiële voordelen; het betreft immers een mogelijk geval van marktmisbruik. Het kan ook andere schade zijn, zoals het niet kunnen opbouwen van een positie in een fonds. Hij kan vervolgens zijn bank aanspreken voor die schade. De civielrechtelijke vrijwaring is dan relevant. In dit geval doet zich overigens niet de mogelijkheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bank voor, omdat de bank zich juist onthoudt van elke vorm van medewerking aan de gewraakte transactie.

Besluit de bank daarentegen gevolg te geven aan de opdracht van zijn cliënt, dan is de bank betrokken bij het tot stand komen van een transactie die een overtreding van het verbod van handel met voorwetenschap en/of het verbod van marktmanipulatie kan opleveren. Is dat laatste inderdaad het geval, dan kan die betrokkenheid kwalificeren als medeplichtigheid aan de verboden transactie.⁶⁴ De toepasselijkheid van de deelnemingsvorm medeplichtigheid ligt hier voor de hand, omdat de werkzaamheden die de bank zal verrichten om de transactie tot stand te brengen (zie daarover § 2.3.4) zijn te beschouwen als het gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen voor het aangaan van de transactie dan wel het behulpzaam zijn bij de transactie. Zo levert het beschikbaar stellen van een effectenrekening waarmee orders op financiële markten kunnen worden geplaatst het gelegenheid verschaffen op als genoemd in artikel 48 sub 2 Sr. Het verstrekken van een inlogaccount en wachtwoord voor een handelssysteem om orders te plaatsen, kwalificeert als het verschaffen van een middel in de zin van artikel 48 sub 2 Sr. Het geven van informatie over de mogelijkheden om transacties op bepaalde financiële markten te verrichten, is het verschaffen van informatie als bedoeld in artikel 48 sub 2 Sr. En als bijvoorbeeld een bankme-

63 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 39 (MvT) en idem, nr. 7, p. 24.

64 Zie ook *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 7, p. 3 en idem nr. 8, p. 8.

dewerker met cliënt samen de order plaatst in een handelssysteem, dan is sprake van behulpzaam zijn bij in de zin van artikel 48 sub 1 Sr.⁶⁵

Wordt door de bank bewust, nauw en volledig samengewerkt met cliënt om een transactie aan te gaan waarvan de bank weet⁶⁶ dat daarmee sprake is van marktmisbruik, dan levert dat medeplegen op. Gelet op de integriteitseisen die de Wft aan banken stelt, mag worden aangenomen dat een dergelijke vorm van deelneming niet snel aan de orde zal zijn. Wij laten in het navolgende de mogelijkheid van medeplegen dan ook buiten beschouwing.

Kortom, als de bank uitvoering geeft aan de opdracht van haar cliënt, dan is de eigen positie van de bank strafrechtelijk relevant geworden; de bank is mogelijk strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor door haar verrichte werkzaamheden voor het tot stand brengen van de verboden transactie. Hier is de strafrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 2 Wft relevant. Ook is het denkbaar dat de bank jegens een niet-professionele partij die niet in een contractuele relatie staat tot de bank aansprakelijk is voor schade geleden doordat een cliënt van de bank een voorschrift van de financiële toezichtswetgeving heeft overtreden.⁶⁷ De civielrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 1 Wft kan evenwel slechts aan de orde zijn voor zover een derde schade lijdt door het klikken van een verboden transactie (zie § 4.3).

Van de voorgaande gevallen moet worden onderscheiden het geval dat een cliënt die gebruik had willen maken van zijn voorwetenschap of marktmanipulatie had willen begaan, daar toch vanaf ziet nadat hij de opdracht tot die transactie heeft gegeven en derhalve zijn opdracht annuleert, maar waarbij de bank al zijn opdracht tot de gewraakte transactie heeft doorgegeven aan de AFM. De cliënt kan daardoor schade lijden. Hij komt immers in het vizier bij de AFM als iemand die voornemens was het verbod van handel met voorwetenschap of het verbod van marktmanipulatie te overtreden. Voor de bank komt dan de civielrechtelijke vrijwaring in beeld als zij voor die schade wordt aangesproken. Ook kan zich hier strafrechtelijke aansprakelijkheid en vrijwaring van de bank manifesteren, omdat de bank voornemens was de opdracht tot de transactie uit te voeren en er inmiddels sprake is van een strafbare poging. Daar is dan wel een begin van uitvoering voor vereist in de zin van een gedraging die naar de uiterlijke verschijningsvorm moet worden

⁶⁵ Zie voor deze toepassing de uitleg van de medeplichtigheidsgedragingen in De Hullu 2012, p. 471 en Kelk & De Jong 2013, p. 481, 484–485.

⁶⁶ Ook in de zin van voorwaardelijk opzet, hetgeen hier wil zeggen dat de bank kennis draagt van de aanmerkelijke kans dat haar cliënt gebruik gaat maken van voorwetenschap of de markt gaat manipuleren door de bewuste transactie en de bank deze kans ook aanvaardt door mee te werken aan het realiseren van de transactie.

⁶⁷ Zie o.m. HR 23 december 2005, NJ 2006/289 (Safe Haven) en Grundmann-Van de Krol 2012, p. 826–835.

beschouwd als te zijn gericht op het tot stand brengen van de transactie.⁶⁸ Zo'n gedraging kan bijvoorbeeld zijn het inleggen van de order in een elektronisch handelssysteem.

Een reeds gerealiseerde transactie

De tweede situatie betreft het geval dat de transactie reeds tot stand is gekomen en de bank achteraf constateert dat de transactie verdacht is.⁶⁹ In dat geval heeft de bank zelf werkzaamheden verricht om de transactie te realiseren. Daarmee is de bank betrokken geweest bij die transactie, een vorm van betrokkenheid die veelal medeplichtigheid op zal leveren (zie hiervoor). De vraag is evenwel of ook voldaan is aan het voor medeplichtigheid vereiste opzet. Dat verlangt namelijk dat de bank ten tijde van het verrichten van haar werkzaamheden ten behoeve van de transactie van cliënt minst genomen kennis droeg van de aanmerkelijke kans dat zij met haar bewust verrichte werkzaamheden behulpzaam was bij en/of gelegenheid, middelen en/of informatie heeft verschaft tot het tot stand brengen van een transactie voor de cliënt die voor die cliënt marktmisbruik oplevert en de bank deze aanmerkelijke kans bewust op de koop heeft toegenomen.⁷⁰ Kennis van een dergelijke aanmerkelijke kans ontbreekt op het moment van het stellen van de deelnemingsgedraging als de bank pas geheel en al achteraf vaststelt dat de transactie verdacht is. Van strafbare deelneming kan dan geen sprake zijn. Dus zal de strafrechtelijke vrijwaring niet hoeven te worden ingeroepen. Echter, wanneer het Openbaar Ministerie toch strafrechtelijk onderzoek heeft ingesteld naar de betrokkenheid van de bank, dan is de strafrechtelijke vrijwaring voor dit onderzoek relevant.

In de tweede situatie is de civielrechtelijke vrijwaring niet relevant. De transactie van de cliënt is immers gerealiseerd, dus niet valt in te zien hoe cliënt of derden dan schade hebben kunnen lijden, behoudens de mogelijkheid van reputatieschade bij cliënt omdat zijn transactie alsnog is gemeld bij de toezichthouder, terwijl achteraf blijkt dat geen sprake is geweest van een transactie die marktmisbruik oplevert.

Bovenstaande uitwerking van twee situaties met daaronder meer gevallen laat zien dat de klikplicht in nauw verband staat tot de civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaringsregelingen van artikel 5:63 lid 1 respectievelijk lid 2 Wft. Uit de analyse blijkt dat de vrijwaringsregelingen vooral van belang zijn ingeval de bank 'klikt' conform de klikplicht bij een (aankomende) opdracht tot een transactie. Daarbij valt op dat ofwel de civielrechtelijke vrijwaring relevant kan zijn (ingeval van weigering van uitvoering van de opdracht van

68 Aldus toegepast het sedert het Cito-arrest vaststaande criterium voor het begin van uitvoering, HR 24 oktober 1978, NJ 1979, 52.

69 Dit werd ook mogelijk geacht bij de meldingsplicht voor ongebruikelijke transacties van art. 9 Wet MOT (oud), zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23 009, nr. 6, p. 25.

70 Aldus toegepast de drie componenten van voorwaardelijk opzet, een opzetvorm die toereikend is voor het dubbel opzet-vereiste bij medeplichtigheid.

cliënt en klikken), ofwel de strafrechtelijke vrijwaring (ingeval van uitvoeren van de opdracht van cliënt en klikken). Alleen in de gevallen dat de cliënt de opgedragen, maar nog niet uitgevoerde transactie annuleert, terwijl de bank reeds heeft geklikt, komen beide vrijwaringen in beeld. Dit pleit voor zo laat mogelijk klikken door banken, dat wil zeggen klikken zo kort mogelijk voor het moment van het tot stand komen van de verdachte transactie.

Klikt de bank achteraf, dat wil zeggen na het tot stand komen van de transactie, dan zal in de regel geen noodzaak bestaan voor het invoeren van de civielrechtelijke of strafrechtelijke vrijwaring. Er doen zich dan in beginsel geen gevallen van dreigende aansprakelijkheden voor.

Het voorgaande laat zien dat het stelsel van aansprakelijkheden en vrijwaringen aanstuurt op zo laat mogelijk klikken, dus kort voor het tot stand komen van de transactie of juist na dat moment. Dit is een interessante constatering in het licht van de door de Nederlandse wetgever genoemde (enkelvoudige) doelstelling van de klikplicht, namelijk preventie (zie § 2.2). Als de klikplicht ertoe strekt transacties behelzende marktmisbruik te voorkomen, dan kan die doelstelling worden gefrustreerd doordat banken laat klikken, dus net voor of na het tot stand komen van de transactie. Banken kunnen daartoe aanleiding zien, omdat in die gevallen, als gezegd, in de regel geen aansprakelijkheden dreigen.

Een tweede bevinding is dat klikplicht en vrijwaringsregelingen helemaal niet synchroon hoeven te lopen. Bij het activeren van de klikplicht en de bank klikt, komen niet meteen ook de civielrechtelijke en de strafrechtelijke vrijwaring in beeld. Wanneer welke vrijwaring aan de orde is hangt af van het moment van klikken (er is een opdracht tot een transactie of de transactie is uitgevoerd) en de opstelling van de bank (weigeren van of meewerken aan de transactie).

3 STRAFRECHTELIJKE VRIJWARING

3.1 *Wettelijke regeling van strafrechtelijke vrijwaring en herkomst daarvan*

De strafrechtelijke vrijwaring voor banken is neergelegd in artikel 5:63 lid 2 Wft. Krachtens die bepaling kunnen gegevens of inlichtingen, die op grond van de klikplicht van artikel 5:62 lid 1 Wft zijn verstrekt, niet dienen als grondslag voor of ten behoeve van een opsporingsonderzoek of vervolging wegens verdenking van, of als bewijs ter zake van een tenlastelegging wegens overtreding van artikel 5:56 Wft of artikel 5:58 Wft ten aanzien van een klikkende bank.

De strafrechtelijke vrijwaring vindt haar oorsprong in artikel 12 Wet melding ongebruikelijke transacties (oud) (Wet MOT). In die bepaling was eveneens bepaald dat gegevens of inlichtingen niet konden dienen als grondslag voor een opsporingsonderzoek of een

vervolging wegens een verdenking van heling (en later witwassen en financiering van terrorisme) dan wel als bewijs van een tenlastelegging inzake heling (en later witwassen en financiering van terrorisme).⁷¹ Vervolgens is een soortgelijke strafrechtelijke vrijwaring opgenomen in artikel 47d lid 2 Wte 1995 (oud).⁷² De strafrechtelijke vrijwaring uit artikel 5:63 lid 2 Wft is ten slotte geheel overgenomen uit artikel 47d lid 2 Wte 1995.⁷³ De drie genoemde vrijwarings vertonen dan ook tekstueel en inhoudelijk overeenkomsten met elkaar.

De strafrechtelijke vrijwaringsregeling lijkt ook een Europeesrechtelijke basis te hebben. Artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling bepaalt namelijk voor zover relevant: 'De overeenkomstig de artikelen 7 tot en met 10 gedane melding te goeder trouw van informatie aan de bevoegde autoriteit [de klikplicht, FK – SDV] (...) brengt voor de melder generlei aansprakelijkheid met zich.' De formulering 'generlei aansprakelijkheid' geeft aan dat het voldoen aan de klikplicht geen gevolgen in termen van aansprakelijkheden voor de bank mag hebben. De formulering laat evenwel een beetje in het midden of daarbij ook bedoeld is de soort aansprakelijkheid, dat wil zeggen strafrechtelijke, civielrechtelijke of bestuursrechtelijke aansprakelijkheid. Uit een vergelijking met de Engelse en Franse taalversie blijkt nadrukkelijker dat dit wel de bedoeling van de Commissie is geweest. Die taalversies spreken immers over 'liability of any kind', respectievelijk 'aucune responsabilité d'aucune sorte'.⁷⁴ Dat omvat ook de soort aansprakelijkheid en lijkt derhalve ook strafrechtelijke aansprakelijkheid uit te sluiten.⁷⁵ Daarmee vindt de strafrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 2 Wft ook steun in het Unierecht. Opvallend is wel dat de regering dat niet aangeeft in de memorie van toelichting bij de voorganger van artikel 5:63 lid 2 Wft, artikel 47d lid 2 Wte 1995 (oud). Daarin wordt, als gezegd, slechts verwezen naar artikel 12 Wet MOT (oud). Echter, naar aanleiding van vragen van kamerleden over het ontwerp artikel 5:63 lid 2 Wft verwijst de regering wel naar artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling.⁷⁶

71 Zie voor art. 12 Wet MOT (oud): Mul 1995, p. 104. Later zijn witwassen en financiering van terrorisme als delicten toegevoegd, zie art. 12 Wet MOT (oud), zoals gewijzigd met *Stb.* 2001, 606 en *Stb.* 2006, 187.

72 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 40 (MvT).

73 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 608 (MvT).

74 De Duitse taalversie ligt met 'keine diesbezügliche Haftung' meer in lijn met de Nederlandse taalversie.

75 Doordat het een uitvoeringsrichtlijn van de Commissie betreft, en geen openbare stukken beschikbaar zijn over de totstandkoming van deze uitvoeringsrichtlijn, kunnen wij voor de uitleg daarvan niet anders dan terugvallen op de door het HvJ EU gehanteerde beleidslijn inzake het uitleggen van richtlijnen en dat is vertrekken vanuit een grammaticale interpretatiemethode en het vergelijken van taalversies, zie Kristen 2004, p. 14–15.

76 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 37, p. 74. Eerder was al voor het gehele art. 5:63 Wft verwezen naar art. 11 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 608 (MvT).

Ter duiding van de betekenis van de strafrechtelijke vrijwaring kan ten slotte een vergelijking worden gemaakt met de strafrechtelijke vrijwaring van artikel 19 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Deze bepaling is voor wat betreft de vrijwaring zelf gelijklopend aan artikel 5:63 lid 2 Wft, zij het dat zij wel vergt dat gegevens of inlichtingen aangaande ongebruikelijke transacties te goeder trouw zijn verstrekt. Deze laatste eis stelt artikel 5:63 lid 2 Wft niet.

De vergelijkbare strafrechtelijke vrijwaringen dienen als referentiekader voor het onderzoek naar de inhoud en de omvang van de strafrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 2 Wft.

3.2 *Ratio strafrechtelijke vrijwaring*

Op het niveau van de Europese Unie is gekozen voor het inschakelen van banken voor het detecteren van gevallen van witwassen en marktmisbruik met het oog op het voorkomen daarvan (preventie) en de aanpak daarvan (repressie) en aldus de integriteit van het financiële stelsel te bewaken (zie § 2.1–2.2). Het is diezelfde Europese Unie geweest die daaraan de consequentie heeft verbonden dat banken ten behoeve van het uitvoering geven aan hun taak in dezen en daarmee de klikplicht bijzondere bescherming verdienen. Dat zou moeten bestaan uit bescherming tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid, zie § 2.2 en § 3.1.

Op nationaal niveau heeft de wetgever de ratio van de strafrechtelijke vrijwaring niet anders toegelicht dan door te verwijzen naar artikel 12 Wet MOT (oud).⁷⁷ Die bepaling strekte tot het afdekken van het risico dat banken die verdachte transacties melden die kunnen wijzen op witwassen, daarmee gegevens verstrekken op grond waarvan zij zelf zouden kunnen worden vervolgd voor heling. De meldingsplicht van de Wet MOT (oud) was niet bedoeld om banken wegens witwassen te kunnen aanpakken, maar om de identiteit van mogelijke witwassers boven tafel te krijgen. Maar, zo vervolgt de memorie van toelichting, '[D]e meldingsplichtige financiële instellingen blijven strafrechtelijk aansprakelijk voor heling.'⁷⁸ Kort en goed, gegevens verstrekt in het kader van de meldingsplicht inzake verdachte transacties mogen niet tegen de bank worden gebruikt voor opsporing en vervolging van de bank wegens heling of bewijs van heling door de bank, maar banken kunnen wel op andere gronden worden vervolgd en veroordeeld wegens heling.⁷⁹ Dit verklaart ook de gekozen formulering van artikel 12 Wet MOT (oud), een formulering die artikel 5:63 lid 2 Wft nog steeds kent. Die bepaling behelst namelijk een beperking van het gebruik van de door de bank gemelde gegevens. Zij mogen door opsporingsdiensten niet worden

⁷⁷ Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 40 (MvT).

⁷⁸ Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23 009, nr. 3, p. 16.

⁷⁹ Idem *Kamerstukken II* 1992/93, 23 009, nr. 6, p. 25 (MvA); Keulen 1993, p. 285.

gebruikt voor de opsporing van de betrokkenheid van de bank bij marktmisbruik, het Openbaar Ministerie mag de gegevens niet gebruiken voor de vervolging van de bank wegens betrokkenheid bij marktmisbruik en de strafrechter mag de gegevens niet bezigen tot bewijs van betrokkenheid bij marktmisbruik.

Uit deze benadering spreekt eveneens de idee van bescherming van banken.⁸⁰ Maar dat is niet een ruime bescherming zoals de Europese Unie voor ogen heeft. Onze wetgever lijkt meer een vorm van bescherming die overeenkomt met het *nemo tenetur*-beginsel te hebben willen bieden. De gemelde gegevens mogen niet tegen de bank worden gebruikt om te voorkomen dat de bank met het naleven van de klikplicht zichzelf incrimineert.⁸¹ Maar dat sluit niet uit dat op andere gronden de bank voorwerp wordt van een opsporingsonderzoek en vervolging wegens verdenking van (betrokkenheid bij) overtreding van artikelen 5:56 en 5:58 Wft.

3.3 *Wat behelst de strafrechtelijke vrijwaring?*

Gelet op de tekst van artikel 5:63 lid 2 Wft en de ratio daarvan zoals hiervoor in § 3.2 uitgelegd, omvat deze strafrechtelijke vrijwaringsregeling volgens ons een drietal aspecten:

1. Het is een wettelijke ‘opsporingsuitsluitingsgrond’ voor zover het gebruik van de gemelde gegevens is uitgesloten als ‘grondslag voor of ten behoeve een opsporingsonderzoek’. Dit betekent dat wanneer de AFM gegevens uit de melding heeft doorgespeeld aan opsporingsdiensten, zij deze gegevens niet kunnen gebruiken als basis om een opsporingsonderzoek te starten naar mogelijke overtreding van de bank van artikelen 5:56 en 5:58 Wft of deelneming daaraan en evenmin in het kader van het opsporingsonderzoek daarnaar. Wel kan de melding worden gebruikt als aanleiding om een opsporingsonderzoek in te stellen naar het vermoedelijke geval van marktmisbruik, en de mogelijke betrokkenheid van de bank daarbij.⁸²
2. Het is een wettelijke vervolgingsuitsluitingsgrond voor zover het gebruik van de gemelde gegevens is uitgesloten voor vervolging van de bank wegens overtreding van artikelen 5:56 en 5:58 Wft of deelneming daaraan. Hier beperkt artikel 5:63 lid 2 Wft het Openbaar Ministerie in het gebruik van de gegevens.
3. Het is een wettelijke bewijsuitsluitingsgrond voor zover het gebruik van de gemelde gegevens is uitgesloten voor het bewijs van een tenlastelegging van (betrokkenheid bij) marktmisbruik door de bank. Dit raakt de strafrechter.

⁸⁰ Idem Mul 1995, p. 103.

⁸¹ Vgl. ook Keulen 1993, p. 285, voor art. 12 Wet MOT (oud).

⁸² De wettekst spreekt immers over ‘grondslag’ en niet aanleiding. Idem voor art. 12 Wet MOT (oud), Keulen 1993, p. 285. Bovendien moet de melding juist kunnen worden gebruikt om handhavend op te treden; dat is namelijk de doelstelling van de klikplicht, zie § 2.

Daarmee is strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bank wegens betrokkenheid bij marktmisbruik niet uitgesloten, mits die aansprakelijkheid kan worden gevestigd op andere feiten en omstandigheden dan de gegevens verkregen via de melding ter uitvoering van de klikplicht door de bank.⁸³ Daarmee biedt artikel 5:63 lid 2 Wft, als gezegd, een minder vergaande bescherming dan artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling beoogt.

3.4 *Omvang van de strafrechtelijke vrijwaring*

De strafrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 2 Wft kent een aantal belangrijke beperkingen van de bescherming die door de vrijwaring wordt geboden.

De eerste beperking volgt uit de tekst en de ratio van artikel 5:63 lid 2 Wft en is hiervoor ruimschoots aan bod gekomen (zie § 3.1–3.3). De strafrechtelijke vrijwaring ziet alleen op het gebruik dat door politie en justitie van de gemelde gegevens mag worden gemaakt; zij omvat niet de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bank. Daarmee wijkt de bepaling af van de voorziening die de Europese Unie met artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling heeft willen bieden ten behoeve van banken. Ook in het kader van de eerste witwasrichtlijn was een vrijwaring van strafrechtelijke aansprakelijkheid beoogd (zie § 2.2). Aldus biedt artikel 5:63 lid 2 Wft minder bescherming dan banken op grond van artikel 11 lid 3 van de genoemde Uitvoeringsrichtlijn toekomt. Dat artikel bepaalt volstrekt duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk dat naleving van de klikplicht ‘(...) brengt voor de melder generlei aansprakelijkheid met zich.’ Aldus is voldaan aan de voorwaarden voor directe werking, en kunnen banken daarop een beroep doen ten overstaan van zowel de strafrechter als de AFM.⁸⁴ Wegnemen van het verschil door richtlijnconforme interpretatie is niet mogelijk doordat de wetgever uitdrukkelijk niet strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft willen uitsluiten, zodat een rechter artikel 5:63 lid 2 Wft contra legem zou moeten gaan interpreteren. Zover reikt de plicht tot richtlijnconforme interpretatie niet.⁸⁵

De tweede beperking ziet eveneens op de werkingssfeer van de strafrechtelijke vrijwaring. Artikel 5:63 lid 2 Wft sluit namelijk alleen het gebruik van gegevens en/of inlichtingen uit voor de opsporing, vervolging en/of bewijsvoering van het strafbare feit van handel met voorwetenschap (art. 5:56 Wft) en dat van marktmanipulatie (art. 5:58 Wft). Daarbij moet ook zijn bedoeld betrokkenheid bij deze feiten door deelneming, juist omdat de regering de mogelijkheid van strafbaarheid van een bank wegens medeplichtigheid als denkbaar

83 Idem 't Hart 2008, p. 332–333. Zo ook voor art. 12 Wet MOT (oud), *Kamerstukken II* 1992/93, 23 009, nr. 6, p. 25.

84 Zie voor de voorwaarden van directe werking o.m. een overzichtsarrest als HvJ EU 24 januari 2012, zaak C-282/10, r.o. 33–35 (Dominguez) en Kristen 2004, p. 80–88.

85 Zie o.m. HvJ EU 24 januari 2012, zaak C-282/10, r.o. 24–25 (Dominguez) en Kristen 2004, p. 68–70.

oordeelde (zie § 1 en § 2.6) en dat via de strafrechtelijke vrijwaring kennelijk heeft willen uitsluiten. Andere strafbare feiten, zoals valsheid in geschrifte (art. 225 Sr), vallen evenwel buiten de werkingssfeer van de strafrechtelijke vrijwaring. Gemelde gegevens en/of inlichtingen kunnen derhalve wel worden gebruikt voor de opsporing, vervolging en bewijsvoering van andere strafbare feiten, ook als die in verband staan met handel met voorwetenschap en/of marktmanipulatie ter zake waarvan is geklikt. Op dit punt is reeds gewezen in het kader van de strafrechtelijke vrijwaring van artikel 12 Wet MOT (oud).⁸⁶ Hoewel kamerleden hebben gevraagd om een toelichting ter zake, onder verwijzing naar die eerdere kritiek op artikel 12 Wet MOT (oud), doet de regering dit af door te wijzen op artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling. Die bepaling koppelt volgens de regering de vrijwaring aan de gegevens en/of inlichtingen die op grond van de klikplicht zijn verstrekt.⁸⁷ Daarmee miskent de regering dat artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling op deze wijze alleen de informatie aanduidt die onder de vrijwaring valt, maar niet voor welke delicten de vrijwaring geldt. Die is juist onbepaald, want, zoals in § 3.1 is aangevoerd, houdt de vrijwaring van het genoemde artikel 11 lid 3 in dat melding tot 'generlei aansprakelijkheid' moet kunnen leiden. Dat kan niet anders worden gelezen dan geen enkele strafrechtelijke aansprakelijkheid, dus ook niet voor een ander strafbaar feit dan handel met voorwetenschap en/of marktmanipulatie. Kortom, ook hier biedt artikel 5:63 lid 2 Wft minder bescherming aan banken dan de Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling voorschrijft. De eerdere opmerkingen over een beroep op directe werking en de onmogelijkheid van richtlijnconforme interpretatie gelden hier overeenkomstig.

Een derde beperking is gelegen in de gegevens en/of inlichtingen die onder de strafrechtelijke vrijwaring vallen. Uit de tekst van artikel 5:63 lid 2 Wft in combinatie met artikel 5:62 lid 1 Wft en de tekst van artikel 9 lid 1 Besluit marktmisbruik Wft volgt dat de vrijwaring alleen geldt voor gegevens en inlichtingen die de bank op grond van artikel 5:62 lid 1 moet verstrekken bij de melding. Welke die gegevens en inlichtingen zijn, is geregeld in artikel 9 Besluit marktmisbruik Wft (zie daarover § 2.4) dat hier een uitputtende opsomming geeft. Verstrekt de bank gegevens en/of inlichtingen, die zij niet verplicht was te melden, dan vallen deze gegevens en/of inlichtingen niet onder de strafrechtelijke vrijwaring. Deze vrijwillig verstrekte gegevens en/of inlichtingen kunnen wel worden gebruikt voor de opsporing, vervolging en/of bewijsvoering van gevallen van marktmisbruik.⁸⁸

Een vierde beperking van de strafrechtelijke vrijwaring is dat zij niet van toepassing is op die gevallen waarbij niet is voldaan aan de klikplicht en dus geen melding is gedaan

⁸⁶ Keulen 1993, p. 285; Mul 1995, p. 105; Groenhuijsen & Van der Landen 1995, p. 618. Idem voor art. 19 Wvft, Van Kampen 2011, p. 165, 171.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 37, p. 74.

⁸⁸ Vgl. ook Van Kampen 2011, p. 171.

van een redelijk vermoeden van handel met voorwetenschap en/of marktmanipulatie. Naar analogie van artikel 12 Wet MOT (oud) kunnen hier twee gevallen worden onderscheiden.⁸⁹ Ten eerste het geval dat een medewerker van een meldingsplichtige bank niet meldt waar dat wel had moeten. Ten tweede het geval dat de bank ten onrechte meent dat er geen sprake is van een redelijk vermoeden als bedoeld in artikel 5:62 lid 1 Wft en dus niet meldt bij de AFM, waar zij dat wel had moeten doen. Aangezien artikel 5:63 lid 2 Wft de strafrechtelijke vrijwaring verbindt aan het verstrekken van gegevens of inlichtingen ingevolge de klikplicht, vallen beide gevallen buiten de vrijwaring. De bank kan derhalve in beide gevallen strafrechtelijk aansprakelijk zijn.⁹⁰ Dit kan defensieve meldingen in de hand werken: banken melden meer transacties aan de AFM vanuit het motto 'better safe than sorry'. Met alle nadelige gevolgen van dien, zoals kwalitatief minder goede meldingen⁹¹ en een grotere werklast.

Een vijfde beperking is er in gelegen dat de strafrechtelijke vrijwaring alleen de bank beschermt, maar niet haar medewerkers.⁹² Artikel 5:63 lid 2 Wft richt zich tekstueel alleen op de klikkende beleggingsonderneming en kent niet, zoals artikel 19 lid 3 Wwft, een overeenkomstige toepassing voor medewerkers van banken. Hoewel kamerleden hebben verondersteld dat de vrijwaring ook geldt voor betrokken medewerkers, heeft de regering bewust alleen de bank als normadressaat aangewezen.⁹³

Voor een beroep op artikel 5:63 lid 2 Wft is ten slotte niet vereist dat de melding 'te goeder trouw' is gedaan. Een dergelijk vereiste kent artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling wel. Het komt ook voor in artikel 19 Wwft alsmede in de civielrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 1 Wft. Door het vereiste niet te stellen, is het banken eenvoudiger gemaakt een beroep te doen op de strafrechtelijke vrijwaring.

3.5 *Beoordeling van de strafrechtelijke vrijwaring*

Uit de tekst, ratio en opzet van de strafrechtelijke vrijwaring blijkt dat vooral de regering deze behoorlijk restrictief heeft willen houden. De regeling kent een vijftal belangrijke beperkingen die haar toepassing limiteren. Artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling biedt meer bescherming aan banken

⁸⁹ Zie Mul 1995, p. 105–106.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 990, nr. 3, p. 9; 't Hart 2008, p. 333.

⁹¹ Dit is een aandachtspunt voor de AFM, zie AFM, Jaarverslag 2013, onder thema Eerlijke effectenmarkten, op www.afm.nl.

⁹² Idem 't Hart 2008, p. 333. Zo ook art. 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling.

⁹³ Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 28, p. 37 resp. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 37, p. 74. Daarmee is afgeweken van art. 12 lid 3 Wet MOT (oud) dat de vrijwaring van overeenkomstige toepassing verklaarde voor betrokken werknemers.

omdat zij vrijwaart voor alle strafrechtelijke aansprakelijkheid, terwijl artikel 5:63 lid 2 Wft alleen een bepaald gebruik van de gemelde gegevens of inlichtingen verbiedt. Het is een ‘opsporingsuitsluitingsgrond’, een vervolgingsuitsluitingsgrond en een bewijsuitsluitingsgrond die een veroordeling van de bank voor (betrokkenheid bij) overtredingen van handel met voorwetenschap en/of marktmanipulatie bemoeilijkt, maar haar daarvoor niet vrijwaart. Gelet hierop is de aanduiding ‘strafrechtelijke vrijwaring’ misplaatst. Het lijkt ons dan ook niet een waarborg die banken stimuleert om aan de klikplicht te voldoen. Vanuit dat perspectief lijkt het logisch dat de niet-naleving van de klikplicht met bestuursrechtelijke sancties is bedreigd (zie § 2.5).

4 CIVIELRECHTELIJKE VRIJWARING

4.1 *Wettelijke regeling van civielrechtelijke vrijwaring en herkomst daarvan*

De civielrechtelijke vrijwaring vindt haar regeling in artikel 5:63 lid 1 Wft. Daarin is bepaald dat een beleggingsonderneming die te goeder trouw heeft gemeld volgens de klikplicht niet aansprakelijk is voor de schade die een derde daardoor lijdt. Deze bepaling is, op het begrip beleggingsonderneming en de verwijzing naar artikel 5:62 lid 1 Wft na, letterlijk overgenomen van artikel 47d lid 1 Wte 1995 (oud). Die bepaling strekt volgens de regering tot omzetting van artikel 11 lid 1, tweede volzin, Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling.⁹⁴ De vraag is of dat juist is, omdat de genoemde bepaling van de Uitvoeringsrichtlijn een uitsluiting van elke vorm van aansprakelijkheid, inclusief civielrechtelijke aansprakelijkheid,⁹⁵ bevat voor het naleven van de in die bepaling neergelegde plicht dat bank geen anderen informeren over de melding dan de bevoegde toezichthouder en zeker niet cliënt informeren. Aldus sluit de bepaling uit dat de cliënt en anderen de bank succesvol aansprakelijk kunnen stellen voor schade geleden door het hen niet op de hoogte stellen dat de bank heeft geklikt. Dat betreft dus een andere gedraging van de bank dan het melden aan de AFM conform de klikplicht en dat is de gedraging waar zowel artikel 5:63 lid 1 Wft als artikel 47d lid 1 Wte 1995 (oud) ook op ziet.

In dit licht bezien verbaast het niet dat de regering later, over artikel 5:63 lid 1 Wft, verklaart dat die bepaling strekt tot omzetting van artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn

⁹⁴ Aldus *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 40 (MvT).

⁹⁵ Art. 11 lid 1, tweede volzin Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling spreekt over ‘generlei aansprakelijkheid’. Dit begrip komt ook voor in art. 11 lid 3, waarvan wij in § 3.1 hebben vastgesteld dat dit ziet op elke vorm van aansprakelijkheid.

gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling.⁹⁶ Dit derde lid ziet op uitsluiting van elke vorm van aansprakelijkheid, inclusief civielrechtelijke aansprakelijkheid,⁹⁷ wegens het te goeder trouw naleven van de klikplicht. Daarmee heeft de regering de omissie ter zake van artikel 47d lid 1 Wte 1995 (oud) – stilzwijgend – hersteld. Maar tegelijkertijd is duidelijk dat de genoemde Uitvoeringsrichtlijn een ruimere uitsluiting van aansprakelijkheid kent dan artikel 5:63 lid 1 Wft.

4.2 *Ratio van civielrechtelijke vrijwaring*

Aangezien op het niveau van de Europese Unie geen onderscheid is gemaakt in de soorten aansprakelijkheid (zie § 3.1), geldt op dit niveau de ratio zoals beschreven in § 3.2 onverkort. Het gaat om bieden van bescherming aan banken wanneer zij samenwerken met de toezichthouders om marktmisbruik te voorkomen en aan te pakken.⁹⁸ Voor de regering volstond het als ratio te vermelden dat artikel 5:63 lid 1 Wft wordt overgenomen van artikel 47d lid 1 Wte 1995 (oud) en strekt tot omzetting van artikel 11 lid 1, tweede volzin Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling.⁹⁹

4.3 *Wat behelst de civielrechtelijke vrijwaring?*

Blijkens de tekst van artikel 5:63 lid 1 Wft is de melder te goeder trouw ‘(...) niet aansprakelijk voor schade die een derde dientengevolge lijdt.’ Dat wijst op een wettelijke exoneratie van aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van de bank wordt bij wet uitgesloten. De bank kan niet aansprakelijk worden gesteld en is niet aansprakelijk. Onder een vrijwaring pleegt men in het privaatrecht iets anders te verstaan, al wordt ook daar de term in meer betekenissen gebruikt. Een algemene omschrijving van vrijwaring geeft Drion in 1957: ‘Door een vrijwaringsbeding wordt een van de partijen belast met de verplichting eventuele aansprakelijkheid van de andere partij voor bepaalde door derden geleden schades voor zijn rekening te nemen.’¹⁰⁰ Hieruit volgt dat een kenmerk van vrijwaring is dat de aansprakelijkheid blijft waar die ligt, zoals bij de pleger van de onrechtmatige daad, maar dat de schade niet door de aansprakelijke wordt gedragen. Eerder omschreef Kristen vrijwaring

96 Aldus *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 37, p. 73. Zie ook de eerdere algemene verwijzing naar art. 11 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling, zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 608 (MvT).

97 Zowel civielrechtelijke, strafrechtelijke als bestuursrechtelijke aansprakelijkheid, zie de analyse in § 3.1.

98 Zie ook Mul 1995, p. 110.

99 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 40 resp. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 608 en *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 37, p. 73.

100 Drion 1957, p. 203.

als het wegnemen van het economisch risico van aansprakelijkheid.¹⁰¹ Dit sluit ook aan bij de processuele vrijwaring van artikel 210–216 Rv. Van een dergelijke vrijwaring is geen sprake bij de civielrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 1 Wft.

Doordat de civielrechtelijke vrijwaring moet worden aangemerkt als een wettelijke exoneratie van aansprakelijkheid bewerkstelligt deze hetgeen waartoe artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling verplicht, namelijk het uitsluiten van elke vorm van aansprakelijkheid (zie § 4.1). Vergelijkt men de civielrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 1 Wft met de strafrechtelijke vrijwaring in het tweede lid van die bepaling, dan is duidelijk dat beide sterk van elkaar verschillen. De strafrechtelijke vrijwaring sluit juist geen aansprakelijkheid uit, maar alleen het gebruik van de gemelde gegevens of inlichtingen. Dat kan resulteren in het niet kunnen vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar dat hoeft zeker niet. Verder ziet de civielrechtelijke vrijwaring vooral op een bescherming in horizontale relaties, namelijk de bank tegen andere marktpartijen, waaronder de cliënt. Echter, door het algemene karakter is ook civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de AFM uitgesloten. Bij de strafrechtelijke vrijwaring gaat het daarentegen om de verticale relatie tussen de bank enerzijds, en de AFM en de strafvorderlijke overheid (opsporingsdiensten, Openbaar Ministerie en strafrechter) anderzijds.

4.4 *Omvang van de civielrechtelijke vrijwaring*

De bescherming die de civielrechtelijke vrijwaring biedt, wordt bepaald door drie voorwaarden: *i*) te goeder trouw melden, *ii*) uitsluiting van aansprakelijkheid jegens derden en *iii*) de koppeling aan de klikplicht.

De voorwaarde dat de bank te goeder trouw moet melden, wil zij een beroep kunnen doen op de civielrechtelijke vrijwaring lijkt te zijn ingegeven door de wens om de bescherming van de civielrechtelijke vrijwaring alleen ten gunste te laten komen van een prudent handelende bank die met de nodige zorgvuldigheid de klikplicht naleeft.¹⁰² Het is niet de bedoeling dat een bank bij het minste of geringste, dus zonder dat sprake is van een redelijk vermoeden als bedoeld in artikel 5:62 lid 1 Wft, meldt aan de AFM om zo te kunnen profiteren van de civielrechtelijke vrijwaring. Het mag niet melden ten behoeve van vrijwaring zijn. Dat doet afbreuk aan de effectiviteit van de klikplicht omdat de AFM dan wordt geconfronteerd met slechte, niet bruikbare meldingen. Het stelt ook de relatie tussen bank en cliënt onnodig onder druk.

¹⁰¹ Kristen 2009, p. 267.

¹⁰² Vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 40 (MvT), waar de regering stelt dat banken binnen de beperkte tijd die voor een melding beschikbaar is, toch verplicht zijn een zorgvuldige afweging te maken.

Het begrip ‘te goeder trouw’ is een open begrip dat niet verder in artikel 5:63 Wft is geconcretiseerd. De memorie van toelichting bij artikel 47d Wte 1995 (oud) stelt slechts dat rekening moet worden gehouden met de omstandigheden waarin een bank verkeerde op het moment dat het redelijk vermoeden als bedoeld in artikel 5:62 lid 1 Wft ontstaat.¹⁰³ Dan is er meestal sprake van tijdsdruk – er moet immers onverwijld worden gemeld op straffe van een bestuurlijke boete, zie § 2.3.5 en § 2.5 – terwijl de bank moet afwegen of zij al dan niet de (opdracht tot de) transactie weigert, mede in het licht van contractuele en mogelijk wettelijke verplichtingen tot uitvoering van de transactie (zie § 2.6), en tegelijkertijd verplicht is allerlei gegevens aan de AFM te melden (zie § 2.4).

De tweede voorwaarde ziet op de uitsluiting van aansprakelijkheid jegens derden. Wie die derden zijn, blijkt uit de wet noch de parlementaire geschiedenis. Gelet op het open karakter van het begrip ‘derden’, ligt het voor de hand dit begrip uit te leggen in licht van artikel 11 leden 1 en 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling. Die bepalingen geven aan dat naleving van de klikplicht en het niet informeren van cliënten en anderen over een gedane melding ‘generlei aansprakelijkheid’ met zich brengt. Daarmee blijft onbepaald jegens wie de bank aansprakelijk zou zijn. Dat kan derhalve de eigen cliënt zijn, andere marktpartijen, markttoezichthouders als ook de overheid. Door al deze partijen als ‘derden’ aan te merken als bedoeld in artikel 5:63 lid 1 Wft, biedt de civielrechtelijke vrijwaring op dit punt dezelfde bescherming als waartoe de genoemde bepalingen van de Uitvoeringsrichtlijn verplicht. Het begrip ‘derde’ behelst dan geen beperkende voorwaarde. Tekstueel zou men daarin wel aanleiding kunnen zien als de verwijzing in artikel 5:63 lid 1 Wft naar de melding ziet op de transactie van de cliënt van de bank en die cliënt niet wordt beschouwd als derde in diens relatie tot de bank. Niettemin wordt aangenomen dat onder de derde ook de cliënt is begrepen.¹⁰⁴

De derde voorwaarde behelst dat de civielrechtelijke vrijwaring alleen geldt voor schade die door derden wordt geleden door de naleving van de klikplicht. Artikel 5:63 lid 1 Wft spreekt namelijk over schade die een derde ‘dientengevolge’ lijdt. Dit begrip legt het verband met de naleving van de klikplicht. Hier volgt de civielrechtelijke vrijwaring artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling. Het betekent overigens wel dat schade van personen geleden door het marktmisbruik van de cliënt van de bank terwijl die personen niet in een contractuele relatie tot de bank staan, niet onder de civielrechtelijke vrijwaring valt. De bank kan derhalve door deze derden aansprakelijk worden gesteld voor hun schade als hier een zorgplicht voor de bank geldt (zie § 2.6).¹⁰⁵

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2004/05, 29 827, nr. 3, p. 40.

¹⁰⁴ Vgl. ‘t Hart 2008, p. 332.

¹⁰⁵ Zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 37, p. 73–74.

4.5 *Beoordeling van de civielrechtelijke vrijwaring*

De civielrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 2 Wft is een wettelijke exoneratie van aansprakelijkheid van banken. Het is daarmee geen ‘vrijwaring’ zoals dit in het privaatrecht pleegt te worden verstaan. De civielrechtelijke vrijwaring biedt voor een groot deel de bescherming die ook artikel 11 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling beoogt te bieden. Die bepaling sluit evenwel naast aansprakelijkheid wegens naleving van de klikplicht ook uit de aansprakelijkheid wegens het niet door de bank informeren van cliënt en anderen dat zij een melding heeft gedaan aan de AFM. Het is overigens de vraag of de civielrechtelijke vrijwaring wel nodig is, omdat de bank die meldt ingevolge de klikplicht een wettelijke verplichting nakomt en dat kan gelden als rechtvaardigingsgrond die in de weg staat aan aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming in de nakoming.¹⁰⁶

5 BESTUURSRECHTELIJKE VRIJWARING?

Het duale handhavingstelsel van de Wft maakt dat overtreding van het verbod van handel met voorwetenschap en het verbod van marktmanipulatie zowel een strafbaar feit als een beboetbaar feit is.¹⁰⁷ Dat betekent dat gegevens of inlichtingen die de bank in het kader van de klikplicht aan de AFM meldt, door diezelfde AFM zouden kunnen worden gebruikt om een overtreding van het verbod van handel met voorwetenschap en/of marktmanipulatie door de bank vast te stellen en de bank een punitieve bestuurlijke boete op te leggen. Het verdient daarbij opmerking dat het vanwege artikel 5:1 lid 2 Awb alleen kan gaan om het plegen of medeplegen van de overtreding door de bank, niet om medeplichtigheid. Daarnaast zou de AFM de gegevens of inlichtingen kunnen gebruiken om andere beboetbare feiten vast te stellen.

Kortom, op dezelfde gronden dat een strafrechtelijke vrijwaring noodzakelijk is geoordeeld (vgl. § 2.6 en § 3.2), kan naar onze mening een bestuursrechtelijke vrijwaring worden verdedigd. Immers, daar waar strafrechtelijke aansprakelijkheid in beeld is (zie § 2.6), kan ook bestuursrechtelijke aansprakelijkheid in de vorm van oplegging van een bestuurlijke boete wegens het plegen of medeplegen van marktmisbruik bestaan. Echter, een bestuursrechtelijke vrijwaring ter afwending van deze bestuursrechtelijke aansprakelijkheid ontbreekt in de Wft. Terwijl Artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling wel een dergelijke vrijwaring ver-

¹⁰⁶ Zie reeds de regering voor de civielrechtelijke vrijwaring van art. 13 Wet MOT (oud), *Kamerstukken II* 1992/93, 23 009, nr. 3, p. 16–17 (MvT) en nr. 6, p. 23.

¹⁰⁷ In de bijlage bij art. 1:80 lid 1 sub a Wft worden artt. 5:56 en 5:58 Wft genoemd.

langt. Die bepaling beoogt banken te vrijwaren van elke aansprakelijkheid, dus ook van bestuursrechtelijke aansprakelijkheid, zie § 3.1.

Voor wat betreft de vormgeving van de bestuursrechtelijke vrijwaring dient wat ons betreft te worden aangesloten bij Artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling, omdat dan de door de Europese Unie gewenste bescherming van banken wordt verwezenlijkt. Tevens worden dan de tekortkomingen van de strafrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 2 Wft vermeden.

6 SLOTBESCHOUWINGEN

6.1 *De klikplicht*

Beleggingsondernemingen, waaronder begrepen banken, zijn ingeschakeld om marktmisbruik op de financiële markten te voorkomen (preventie) en aan te pakken (repressie). Op hen rust namelijk een zgn. klikplicht. Dat behelst de wettelijke verplichting om verdachte transacties in financiële instrumenten of opdrachten daartoe te melden aan de markttoezichthouder, de AFM, zie artikel 5:62 lid 1 Wft. Een verdachte (opdracht tot een) transactie is die transactie waarvoor de bank werkzaamheden verricht en zij daarbij het redelijk vermoeden krijgt dat die transactie in strijd is met het verbod van handel met voorwetenschap (art. 5:56 Wft) of het verbod van marktmanipulatie (art. 5:58 Wft). Handel met voorwetenschap en marktmanipulatie kwalificeren als marktmisbruik. Beide feiten zijn ingevolge de duale handhavingssystematiek van de Wft zowel strafbare feiten als beboetbare feiten (zie § 2.3.2). Hieruit volgt dat de bank bij die strafbare of beboetbare feiten betrokken kan zijn. De klikplicht geldt immers voor banken die werkzaamheden voor de verdachte (opdrachten tot) transacties verrichten. De aard van de betrokkenheid van de bank bij een (opdracht tot een) transactie (lees: de werkzaamheden die zij daartoe verricht) zal in de regel medeplichtigheid van de bank aan handel met voorwetenschap en/of marktmanipulatie opleveren (zie § 2.3.4 jo. § 2.6).

Met de klikplicht zijn banken als private partijen ingeschakeld om mogelijke gevallen van handel met voorwetenschap en/of marktmanipulatie te detecteren. Vanwege de inhoudelijke eisen gesteld aan de melding moet zodanige informatie door banken worden verstrekt, dat men kan spreken van opsporen van marktmisbruik. De melding aan de AFM moet namelijk allerlei gegevens bevatten, zoals identiteitsgegevens van cliënt en eventuele derden, de transactiegegevens, de gronden van het redelijk vermoeden en de gegevens over de eigen betrokkenheid van de bank (zie § 2.4). Het is echter geen opsporen in de zin van actief achterhalen van mogelijke gevallen van marktmisbruik (zie § 2.3.5). Het gaat alleen om die situaties waarin de bank door de omstandigheden van het geval een redelijk vermoeden krijgt dat een (opdracht tot een) transactie een overtreding van het verbod van

handel met voorwetenschap of het verbod van marktmanipulatie kan opleveren. De bank, althans haar medewerker(s), moet(en) zelf bepalen wanneer sprake is van zo'n redelijk vermoeden. Hier verschaft met name het Unierecht handvatten doordat de Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling en de richtlijnen van ESMA criteria en indicatoren verschaffen (zie § 2.3.5). Het vereiste van het redelijk vermoeden verschaft de bank een discretionaire bevoegdheid die de bank enerzijds een verantwoordelijkheid oplegt (namelijk alert zijn op gevallen van marktmisbruik en dan klikken) en anderzijds beschermt tegen mogelijke aansprakelijkheden (namelijk indien geen redelijk vermoeden, dan geen klikplicht en dan ook niet de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheden en dilemma's). Op de aanwending van de discretionaire bevoegdheid kan de AFM toezicht uitoefenen omdat de niet-naleving van de klikplicht een beboetbaar feit is (zie § 2.5). Daarmee kan de publieke markttoezichthouder invloed uitoefenen op het gebruik van de bevoegdheid door private partijen.

6.2 *De mogelijke aansprakelijkheden en de dilemma's*

Als de bank een verdachte transactie meldt, zal zij ook informatie moeten verstrekken over haar eigen betrokkenheid bij die (opdrachten tot de) transactie. De melding kan derhalve leiden tot het prijsgeven van informatie aan de AFM die wijst op mogelijke medeplichtigheid aan marktmisbruik. Zelfs medeplegen van marktmisbruik is onder omstandigheden denkbaar (zie § 2.6). Aldus kan de bank zichzelf incrimineren. Immers, hier dreigt strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bank. Dit geldt voor die gevallen waarin de bank de melding doet op het moment dat er alleen contacten met de cliënt zijn over een mogelijke transactie of dat er een opdracht van de cliënt ligt, omdat in deze fase bij de bank het redelijk vermoeden van een verdachte transactie is ontstaan. Het gaat hier om de fase voorafgaand aan het tot stand komen van de transactie. Meldt de bank de transactie achteraf, dus na het tot stand komen van de transactie, omdat de bank eerst dan het redelijk vermoeden heeft gekregen dat sprake is geweest van een verdachte transactie, dan zien wij geen gronden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de bank wegens medeplichtigheid aan de verdachte transactie (zie § 2.6).

De bank kan evenwel ook weigeren de transactie uit te voeren. Daartoe bestaat geen wettelijke verplichting. Al zijn er wel twee redenen om te weigeren. Ten eerste kan de bank bij weigering van de transactie de dreiging van strafrechtelijke of bestuursrechtelijke aansprakelijkheid afwenden. Ten tweede voorkomt de bank dat de cliënt met de verdachte transactie mogelijkserwijs het delict handel met voorwetenschap of marktmanipulatie begaat. Zo vrijwaart de bank de financiële markten van een mogelijk geval van marktmisbruik. Dat bevordert de integriteit van die financiële markten. Tegelijkertijd roept de bank dan wel de dreiging van civielrechtelijke aansprakelijkheid over zich af. Want de cliënt

krijgt zijn transactie niet uitgevoerd en kan daardoor schade lijden, waarvoor hij de bank in civilibus aansprakelijk kan stellen. Bij een melding achteraf, dus na het tot stand komen van de transactie, kan civiele aansprakelijkheid alleen aan de orde zijn als later blijkt dat de bank ten onrechte heeft gemeld (zie § 2.6).

Bij dit alles moet worden bedacht dat als gevolg van het duale handhavingssysteem van de Wft voor de bank ook nog eens bestuursrechtelijke aansprakelijkheid kan dreigen. De AFM is immers bevoegd een bestuurlijke boete op te leggen het plegen of medeplegen van de overtreding van de verbodsbepalingen inzake marktmisbruik. Medeplichtigheid aan marktmisbruik is evenwel geen beboetbaar feit (§ 5).

Duidelijk is dat banken bij het voldoen aan de klikplicht kunnen worden geconfronteerd met verschillende soorten aansprakelijkheden. Welke aansprakelijkheid dreigt, hangt af van het moment waarop wordt geklikt en of de bank al dan niet haar medewerking verleent aan de (opdracht tot de) transactie. Daarbij geldt dat klikken na het tot stand komen van de transactie tot beduidend minder aansprakelijkheden kan leiden.

Niet klikken om zo mogelijke strafrechtelijke, civielrechtelijke of bestuursrechtelijke aansprakelijkheden te vermijden is evenwel geen optie. De niet-naleving van de klikplicht is namelijk een beboetbaar feit. Daarbij moet worden bedacht dat de boetemaxima voor dit feit aanmerkelijk hoger zijn dan de maximale strafrechtelijke geldboete voor het medeplichtig zijn aan handel met voorwetenschap of marktmanipulatie (zie § 2.5 jo. § 2.3.2).

Kortom, banken verkeren in dilemma's bij de uitvoering van de klikplicht: linksom of rechtsom dreigt er een aansprakelijkheid. Daarbij alterneren de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de civielrechtelijke aansprakelijkheid; de bestuursrechtelijke aansprakelijkheid loopt daar als het ware doorheen. Niettemin moet worden opgemerkt dat vanwege het *una via-beginsel* en het Europese *ne bis in idem-beginsel* niet het bestuursrechtelijk handhavingstraject kan worden gestart voor een overtreding van het verbod van handel met voorwetenschap of het verbod van marktmanipulatie door de bank, indien al een strafrechtelijk onderzoek tegen de bank loopt voor dezelfde feiten dan wel de bank al daarvoor is veroordeeld, en vice versa.¹⁰⁸

In het licht van de aansprakelijkheidsdilemma's geldt voorts het devies 'beter laat klikken dan niet klikken'. Dan is er minder kans op aansprakelijkheid. Dit devies druist evenwel in tegen de doelstelling van preventie van de klikplicht (waarover § 2.2). De verdachte transactie is dan immers gerealiseerd en daarmee ook een mogelijk geval van marktmisbruik. Terwijl bij de banken via de klikplicht een verantwoordelijkheid is neergelegd om de integriteit van de financiële markten te bevorderen (zie § 2.2). Bezien vanuit deze invalshoek zouden banken juist zo snel mogelijk moeten klikken. Dat is ook de uitleg

¹⁰⁸ Zie art. 5:44 lid 1 Awb en art. 243 lid 2 Sv, alsook Duker 2011, p. 519–523.

die wij geven aan het vereiste dat banken bij het ontstaan van het redelijk vermoeden ‘onverwijld’ moeten melden (zie art. 5:62 lid 1 Wft en § 2.3.5).

6.3 *De Europese oorsprong van de dilemma’s*

Banken worden geconfronteerd met de hiervoor geschetste aansprakelijkheden en dilemma’s doordat zij als private opspoorders zijn ingeschakeld. De keuze hiervoor is niet op nationaal niveau gemaakt, maar op het niveau van de Europese Unie. De richtlijn marktmisbruik bepaalt namelijk dat lidstaten aan banken de plicht moeten opleggen om de markttoezichthouder te melden wanneer zij een redelijk vermoeden hebben dat een transactie handel met voorwetenschap of marktmanipulatie inhoudt (art. 6 lid 9). Deze meldingsplicht is geïnspireerd op de meldingsplicht van verdachte transacties volgens de eerste witwasrichtlijn (zie § 2.1). De ter zake nog in werking te treden Verordening marktmisbruik continueert de klikplicht en breidt de normadressaten daarvan uit.¹⁰⁹

Aldus is een verschuiving van publiek naar privaat door private partijen in te schakelen voor de detectie en opsporing van marktmisbruik geïnitieerd door de Europese Unie. Detectie en opsporing van marktmisbruik wordt evenwel gerekend tot een publieke taak, neergelegd bij de markttoezichthouder, de AFM, en bij het Openbaar Ministerie. Met de klikplicht zijn banken de vooruitgeschoven posten van de AFM. De Europese wetgever vond dat op banken de verantwoordelijkheid rust om de integriteit van de financiële markten waarborgen (§ 2.1). Zij moeten met de markttoezichthouder samenwerken om marktmisbruik te voorkomen en aan te pakken.

6.4 *De bescherming door vrijwaringsregelingen*

Door de klikplicht worden van banken inspanningen verwacht om gevallen van marktmisbruik te voorkomen en aan te pakken. Deze verantwoordelijkheid voor private partijen roept allerlei mogelijke aansprakelijkheden in het leven en plaatst banken voor dilemma’s (zie hiervoor). Om banken te laten meewerken aan de klikplicht passen ook vormen van bescherming van de bank tegen die mogelijke aansprakelijkheden. Op het niveau van de Europese Unie is een dergelijke koppeling destijds al gemaakt bij de invoering van de meldingsplicht inzake verdachte transacties die wijzen op witwassen. Zo ook bij de klikplicht ingevolge de richtlijn marktmisbruik (zie §§ 2.1–2.2). De aan banken te bieden bescherming moet volgens de Europese Unie ruimhartig zijn. Het uitvoering geven aan de klikplicht

¹⁰⁹ Zie art. 16 leden 1–2 Verordening (EU) Nr. 596/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 betreffende marktmisbruik (Verordening marktmisbruik) en houdende intrekking van Richtlijn 2003/6/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijnen 2003/124, 2003/125/EG en 2004/72/EG van de Commissie, *Pb EU* 2014, L 173/1.

moet niet kunnen leiden tot enigerlei aansprakelijkheid. Dat omvat volgens ons civielrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid (zie § 3.1).

Ingevolge het Unierecht dient er derhalve een vrijwaring van aansprakelijkheid te bestaan. Aan deze Europeesrechtelijke verplichting heeft de nationale wetgever onzes inziens niet voldoende uitvoering gegeven. De civielrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 1 Wft is beperkt tot een exoneration van aansprakelijkheid bij de naleving van de klikplicht. Daarmee wordt slechts één onderdeel van artikel 11 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling geïmplementeerd. Deze bepaling kent ook de verplichting banken te vrijwaren van aansprakelijkheid voor schade ontstaan doordat de bank niet cliënt en/of anderen heeft geïnformeerd dat zij heeft geklikt (zie § 4.1).

De strafrechtelijke vrijwaring van artikel 5:63 lid 2 Wft biedt aanmerkelijk minder bescherming dan waartoe artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling verplicht. De strafrechtelijke vrijwaring is namelijk geen vrijwaring van aansprakelijkheid. Integendeel, de Nederlandse wetgever laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat banken strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld nadat zij hebben geklikt. Banken genieten slechts bescherming in de vorm van een ‘opsporingsuitsluitingsgrond’, een vervolgingsuitsluitingsgrond en een bewijsuitsluitingsgrond. Dit houdt kort gezegd in dat de gemelde gegevens niet mogen worden gebruikt voor de opsporing, de vervolging en de bewijsvoering van betrokkenheid van de bank bij marktmisbruik (zie verder § 3.3). Hieruit volgt tevens dat gemelde gegevens wel kunnen worden gebruikt voor de opsporing, de vervolging en het bewijs van andere strafbare feiten. Artikel 11 lid 3 van de genoemde Uitvoeringsrichtlijn beschermt evenwel tegen alle aansprakelijkheden, ongeacht het type delict. Dus ook hier biedt deze richtlijn bepaling meer bescherming (zie § 3.3). Al moet wel worden gesignaleerd dat de richtlijn bepaling vergt dat de melding te goeder trouw is gedaan, een vereiste dat artikel 5:63 lid 2 Wft niet stelt.

Ten slotte ontbreekt in de Wft een bestuursrechtelijke vrijwaring, terwijl de overtreding van het verbod van handel met voorwetenschap en het verbod van marktmanipulatie wel beboetbare feiten zijn. Banken kunnen derhalve bestuursrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. Ingevolge artikel 11 lid 3 Uitvoeringsrichtlijn gebruikelijke marktpraktijken, voorwetenschap en meldingsregeling zouden zij ook daarvan moeten zijn gevrijwaard.

Kortom, onze wetgever is zuinig geweest met bescherming van banken tegen mogelijke aansprakelijkheden die voortvloeien uit de naleving van de klikplicht. Daarmee miskent onze wetgever het uitgangspunt van de Europese regelgever dat het belasten van private partijen met een bepaalde verantwoordelijkheid voor het publieke belang (i.e. de klikplicht) gepaard moet gaan met bescherming tegen gevolgen daarvan op het vlak van mogelijke aansprakelijkheden, zowel jegens de overheid als jegens andere marktpartijen. Ook valt niet in te zien waarom de strafrechtelijke vrijwaringsregeling geen exoneration van aansprakelijkheid is zoals de civielrechtelijke vrijwaring, terwijl de civielrechtelijke en de strafrech-

telijke aansprakelijkheden juist alternëren. Daar komt bij dat de civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaringsen nog allerlei vragen oproepen.

6.5 *Verschuiving van publiek naar privaat: reflectie*

Met de voorgaande beschouwingen hebben wij de verschillende onderdelen van de centrale onderzoeksvraag beantwoord. Wij hebben behandeld wat van beleggingsondernemingen wordt verwacht in het kader van de klikplicht, tot welke aansprakelijkheidsdilemma's de klikplicht kan leiden en of, en zo ja, in hoeverre beleggingsondernemingen door de vrijwaringsregelingen worden beschermd tegen de verschillende mogelijke aansprakelijkheden. Resteert thans het laatste onderdeel van de centrale onderzoeksvraag: Hoe moet de inzet van private partijen voor handavingsdoeleinden worden beoordeeld? De keuze van de Europese Unie om private partijen als banken medeverantwoordelijk te maken voor het waarborgen van de integriteit van de financiële markten door hen een klikplicht op te leggen valt naar onze mening vanuit verschillende perspectieven goed te begrijpen.

Allereerst zijn banken zelf gebaat bij goed functionerende financiële markten die zoveel mogelijk zijn gevrijwaard van marktmisbruik. Zij kunnen dan zelf (financieel) profiteren van de mogelijkheden die de financiële markten bieden, zoals het aanbieden van winstgevende dienstverlening. Ook kunnen banken zelf worden gedupeerd door marktmisbruik door cliënten of andere partijen, al was het maar door reputatieschade. Dit eigen belang van banken in het licht van hun essentiële functie en positie op de financiële markten – banken vormen immers mede de financiële markten en zij verschaffen anderen toegang tot die markten – maakt dat zij medeverantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het tegengaan van marktmisbruik.

Ten tweede stelt de functie en positie van banken op de financiële markten hen in staat een bijdrage te leveren aan het voorkomen van marktmisbruik. Het zicht van de markttoezichthouder op particulieren en ondernemingen die gebruik maken van de financiële markten is immers beperkt. Zij vallen in beginsel niet onder een toezichtsrelatie en alleen opmerkelijk transactiegedrag kan door de markttoezichthouder worden waargenomen. Door banken een vooruitgeschoven post van de markttoezichthouder te laten zijn, kan diens armslag worden vergroot. Banken kunnen aldus bijdragen aan het voorkomen van marktmisbruik, omdat zij juist in de fase voorafgaand aan de uiteindelijke transactie in contact staan met hun cliënten. Uit die contacten kan het redelijk vermoeden van aanstaand marktmisbruik rijzen. Melding van dat vermoeden aan de markttoezichthouder stelt hem in staat handhavend op te treden.

Ten derde kunnen banken bijdragen aan de repressie van marktmisbruik. De klikplicht dwingt banken gegevens te melden waar de markttoezichthouder niet zomaar toegang toe heeft. De gemelde gegevens kunnen worden gebruikt voor de handhaving van de verbods-

bepalingen inzake handel met voorwetenschap en marktmanipulatie. Dat draagt bij aan de effectiviteit van het publieke toezicht op en publieke regulering van financiële markten.

Ten vierde is een perspectief van Mok indicatief. Hij beschouwt een bepaalde mate van toezicht van banken op de handel en wandel van cliënten als het gaat om criminele activiteiten als een vorm van bijstand aan justitie die hij kenschetst als een burgerplicht.¹¹⁰

Ten slotte valt ons op dat op het niveau van de Europese Unie bij de totstandkoming van zowel de richtlijn marktmisbruik als de eerste witwasrichtlijn geen aandacht lijkt te zijn besteed aan de verhouding tussen publieke domein/publiekrecht en het private domein/privaatrecht. Een mogelijke verklaring daarvoor is dat op het niveau van de Europese Unie regels worden gesteld die zijn gericht op het bereiken van een bepaald resultaat, waarbij het dan aan de lidstaten is om die resultaten in het nationale rechtsstelsel te bereiken. Dan hoeft de Europese Unie zich niet te bekreunen over indelingen en onderscheidingen van publiekrecht en privaatrecht.

De keuze van de Europese Unie om private partijen in te schakelen voor publieke taken gaat echter wel gepaard met de keuze die private partijen dan te beschermen tegen mogelijke gevolgen van de behartiging van publieke taken door die private partijen. Zij moeten worden gevrijwaard van aansprakelijkheden jegens de overheid, i.e. de publieke markttoezichthouder die banken bestuursrechtelijk aansprakelijk kan stellen en de strafvorderlijke overheid die banken strafrechtelijk aansprakelijk kan stellen. Banken moeten voorts worden gevrijwaard van aansprakelijkheden jegens andere marktpartijen, i.e. de civielrechtelijke aansprakelijkheden in horizontale relaties. Het is juist op dit punt dat de Nederlandse wetgever afwijkt en een beduidend mindere bescherming biedt. Dan wordt van private partijen wel veel gevraagd in de behartiging van publieke belangen. Het rest niets anders dan een beroep te doen op het Unierecht, via de instrumenten van doorwerking van dat Unierecht in de nationale rechtsorde. Hier ligt nog een (publiekrechtelijke) taak voor onze wetgever om de bescherming van private partijen in het kader van de klikplicht op het niveau te krijgen van wat de Europese Unie verlangt. Dat wordt ook in de toekomst niet anders; met de inwerkingtreding van de klikplicht van artikel 16 leden 1–2 Verordening marktmisbruik per 3 juli 2016 zal ook een uitvoeringsrichtlijn met een regeling over de vrijwaring van aansprakelijkheid moeten zijn vastgesteld (zie art. 16 lid 5 Verordening marktmisbruik).

110 M.R. Mok in zijn noot onder HR 23 december 2005, NJ 2006/289.

LITERATUUR

Van Angeren 2013

J.R. van Angeren, 'De last onder dwangsom', in: D.R. Doorenbos & M.J.C. Somsen (red.), *Onderneming en sanctierecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 191–225.

Corstens & Borgers 2014

G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Drion 1957

H. Drion, 'Dient de wet regelen te bevatten omtrent bedingen tot beperking of opheffing van aansprakelijkheid, en zo ja, welke?', in: *Handelingen 1957 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1957, p. 185–270.

Duker 2011

M.J.A. Duker, 'Vervolg en berechting', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 497–540.

Giesen & Kristen 2014

I. Giesen & F. Kristen, 'Liability, Responsibility and Accountability: Crossing Borders', *Utrecht Law Review* Volume 10, issue 3, 2014, p. 1–13.

Groenhuijsen & Van der Landen 1995

M.S. Groenhuijsen & D. van der Landen, 'De financiële aanpak van de georganiseerde criminaliteit', *NJB* 1995, afl. 17, p. 613–621.

Grundmann-Van de Krol 2012

C.M. Grundmann-Van de Krol m.m.v. J.B.S. Hijink, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

't Hart 2008

F.M.A. 't Hart, 'De Klikplicht', in: D.R. Doorenbos e.a. (red.), *Handboek Marktmisbruik*, Deventer: Kluwer 2008, p. 299–339.

De Hullu 2012

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Italianer 2008

J. Italianer, 'Gebruik van voorwetenschap', in: D.R. Doorenbos e.a. (red.), *Handboek Marktmisbruik*, Deventer: Kluwer 2008, p. 71–98.

Van Kampen 2011

P.T.C. van Kampen, 'De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 143–178.

Kelk & De Jong 2013

C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Keulen 1993

B.F. Keulen, 'MOT met de strafrechter. Enige opmerkingen over de strafrechtelijke positie van financiële dienstverleners', *TVVS* 1993, p. 281–285.

Kristen 2004

F.G.H. Kristen, *Misbruik van voorwetenschap naar Europees recht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

Kristen 2009

F.G.H. Kristen, 'Vrijwaring van bestuurders', in: P. Essers e.a. (red.), *Met Recht. Liber Amicorum M.J.G.C. Raaijmakers*, Deventer: Kluwer 2009, p. 263–273.

Lamp 2011

R.M.I. Lamp, 'De Wet op het financieel toezicht', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 241–273.

Luchtman 2007

M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie. Over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichhouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU-verband*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Mul 1995

V. Mul, 'Vrijwaringsbepalingen: vrijheid of gebondenheid?', in: A.B. Hoogenboom, V. Mul & A. Wielenga, *Financiële integriteit. Normafwijkend gedrag en (zelf)regulering binnen het financiële stelsel*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 103–117.

Sikkema 2008

E. Sikkema, aantt. op art. 27 (suppl. 169, oktober 2008), in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).

PRIVATE BEVEILIGING IN DE STRIJD TEGEN DE PIRATERIJ: EEN ONDERZOEK NAAR DE AANSPRAKELIJKHEID VAN PRIVATE BEVEILIGERS EN VAN DE STAAT

*Lucas Roorda, Cedric Ryngaert & Bram Straten**

1 INTRODUCTIE

In Nederland heerst momenteel discussie over de vraag of private beveiligingsbedrijven (*private security companies* – ‘PSCs’) kunnen worden ingezet om Nederlandse koopvaardischepen te beschermen tegen piraterij. Indien dergelijke bedrijven inderdaad worden ingezet nemen zij publieke taken waar: de uitoefening van geweld berust immers klassiek, en zelfs exclusief bij de overheid. Dit betekent echter niet dat zij organen van de overheid worden; hoogst worden zij bekleed met de uitoefening van elementen van overheidsgezag.¹

Verskillende rapporten (2010–2013)² hebben over deze kwestie al hun licht laten schijnen en de minister van Defensie bestudeert de kwestie momenteel.³ Andere landen hebben de inzet van PSCs in anti-piraterijoperaties reeds mogelijk gemaakt.⁴

Met name de Koninklijke Vereniging van Nederlandse Reders (KvNR) heeft zich opgeworpen als pleitbezorger van private beveiliging aan boord van Nederlandse schepen.

* De auteurs zijn respectievelijk onderzoeker internationaal publiekrecht (NWO), hoogleraar internationaal publiekrecht, en student master internationaal publiekrecht, Universiteit Utrecht.

1 Indien PSCs als private actoren inderdaad worden bekleed met de uitoefening van elementen van overheidsgezag, kan de aansprakelijkheid van de Staat in het gedrang komen op basis van art. 5 van de ILC-artikelen over de aansprakelijkheid van Staten voor internationale onrechtmatige daden (2001). Het loutere verkrijgen van een licentie van de Staat om veiligheidsactiviteiten te verrichten betekent echter niet dat de PSC gemandateerd wordt om overheidsactiviteiten uit te oefenen. Niettemin kan de aansprakelijkheid van de Staat ook in dit geval nog in het gedrang komen op basis van diens falen om voldoende toezicht uit te oefenen over PSC. Zie over staatsaansprakelijkheid in verband met PSC-activiteiten verder deel 2 van dit artikel.

2 Zie met name het rapport van onderzoeksinstituut Clingendael (2013). Zie ook het rapport van Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV, 2011).

3 In april 2014 maakte de PvdA echter bekend dat zij tegen het plan is om PSC's aan boord van Nederlandse schepen toe te laten, dit tot grote woede van de reders. Zie NOS, ‘Reders woest op PvdA’, 10 april 2014. Zonder steun van de PvdA kan het plan in het parlement voorlopig geen doorgang vinden.

4 Rapport Clingendael, a.w. noot 2, p. 22; International Chamber of Shipping, ‘Comparison of flag state laws on armed guards and arms on board’, beschikbaar op: <http://www.ics-shipping.org/docs/default-source/Piracy-Docs/flag-state-rules-and-requirements-on-arms-and-private-armed-guards-on-board-vessels-11-13.pdf>.

Volgens de KVNR staat de Nederlandse scheepvaart onder druk doordat piraten inmiddels weten dat een Nederlands schip een gemakkelijk doelwit is wegens de afwezigheid van beveiliging aan boord.⁵ Bovendien eisen een aantal verzekeraars gewapende beveiliging op schepen.⁶ Als gevolg daarvan hebben heel wat reders ervoor gekozen onder een andere vlag te varen. Zo heeft rederij Vroon momenteel slechts 20 van haar 160 schepen onder Nederlandse vlag varen.⁷ Waar in 2009 nog 500 Nederlandse schepen door de straat van Aden voeren, is dat aantal nu gehalveerd.⁸ Deze daling levert aanzienlijke verliezen op voor de Staat, aangezien een Nederlands schip de Nederlandse economie jaarlijks 3 tot 4 miljoen euro oplevert.⁹

Wettelijk kan de beveiliging aan boord van een Nederlands schip, gezien het gewelds-monopolie van de overheid, voorlopig enkel door Nederlandse militairen worden verzorgd, door een zogenaamd ‘vessel protection detachment’ (VPD). Nederlandse koopvaardij-schepen zijn echter niet automatisch gerechtigd op zo’n VPD. Wanneer de overheid een aanvraag voor een VPD ontvangt, maakt zij een analyse van de dreiging, en staat zij uitsluitend bij ‘kwetsbare’ schepen een VPD toe. Dit betekent dat schepen die niet in die categorie vallen het moeten doen met passieve maatregelen als prikkeldraad en waterkannonnen.¹⁰ Een beroep doen op een VPD gaat overigens gepaard met hoge kosten voor reders: de inzet van een VPD kost ongeveer 5000 euro per dag, wat neer kan komen op 105.000 euro per reis.¹¹ Een PSC kost daarentegen tussen 11.000 en 75.000 euro per reis.¹² Dit wordt deels verklaard door het feit dat een standaard VPD-team uit 11 tot 15 militairen bestaat, terwijl een PSC normaal minder personeel gebruikt.¹³

Gezien de risico’s op piraterijaanvallen, met name in de buurt van Somalië, de moeilijkheden om een VPD te verkrijgen, alsook de kosten, valt te overwegen het gebruik van PSCs aan boord van Nederlandse schepen – onder bepaalde voorwaarden – toe te laten. Bij het overwegen van regelgeving met betrekking tot de activiteiten van PSCs dient men zich evenwel rekenschap te geven van de essentiële verschillen tussen VPDs – die momenteel de anti-piraterijbeveiliging voor hun rekening nemen – en PSCs. Een VPD van Defensie bestaat uit militairen die zijn onderworpen aan het militaire straf- en tuchtrecht. Dat betekent dat de bevelstructuur juridisch vastgelegd is, en dat het niet opvolgen van een bevel een strafbaar feit is.¹⁴ Dit geldt niet voor PSCs, aangezien de werknemers

5 ‘Rederij Vroon strijkt Nederlandse vlag op schepen omwille van veiligheid’, *Provinciale Zeeuwse Courant*, 11 april 2013.

6 G4S, ‘Wapen je tegen piraterij’, 7 februari 2012, beschikbaar op www.g4s.nl.

7 *Provinciale Zeeuwse Courant*, a.w. noot 5.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 Rapport Clingendael (2013), p. 20.

11 *Ibid.*, p. 19.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*, p. 20.

14 Art. 125 e.v. Wetboek van Militair Strafrecht.

van een PSC bestaan uit civiel personeel. Wanneer een bevel niet wordt opgevolgd, leidt dat niet tot een strafbaar feit zoals bij militair personeel. Bij PSCs worden de bevelsverhoudingen (of beter gezegd: de verantwoordelijkheden van elke partij) vastgelegd in een civiel contract tussen de PSC en de reder. Wanneer de afspraken geschonden worden is sprake van contractbreuk. Eventuele sancties volgen dan uit het desbetreffende contract dan wel uit het aanvullende contractenrecht.¹⁵ Men kan hierbij denken aan financiële compensatie, onmiddellijke of graduele beëindiging van het contract, uitsluiting van toekomstige contracten, of het verwijderen van individuen verantwoordelijk voor de contractbreuk.¹⁶ In het licht van de contractuele verhoudingen tussen de PSC en de reder heeft de Staat slechts in beperkte mate grip en toezicht op de PSC, in vergelijking met militair detachementen.¹⁷ Kwaliteitswaarborgen kunnen hierdoor ontbreken bij PSCs. Dit kan leiden tot ernstige misstanden, zoals het *Nisour Square* incident – waarbij 17 burgers door personeel van een PSC werden gedood in Irak – bewijst. Dit gevaar op misstanden wordt nog vergroot op zee, waar de Staat sowieso minder toezicht kan uitoefenen dan op land. Ten slotte beperkt het bij de Staat berustende geweldsmonopolie het geweld dat een PSC kan uitoefenen. Waar, afhankelijk van het mandaat en de bijbehorende *rules of engagement*, militairen gerechtigd zijn het initiatief te nemen tot het militair aangrijpen van een tegenstander, kan civiel personeel in principe niet deelnemen aan gevechten, behalve in geval van zelfverdediging.¹⁸

Als de keuze zou worden gemaakt om de beveiliging zo te privatiseren zal de Staat dan ook kwaliteitseisen moeten stellen aan het personeel dat PSCs inzetten, en verduidelijken in welke gevallen PSCs welke vorm van geweld kunnen gebruiken in anti-piraterijoperaties. In dit artikel gaan we na hoe een regelgevend kader met betrekking tot PSC-inzet kan, of moet worden vormgegeven. We doen daarvoor inspiratie op bij twee Staten die, anders dan Nederland, een dergelijk kader al hebben ontworpen: het Verenigd Koninkrijk en België. In het tweede deel onderzoeken wij wanneer PSCs en hun leden aansprakelijk kunnen zijn voor overtredingen van de regels, en met name hoe zij rekenschap moeten afleggen wanneer zij schade aan derden – bijvoorbeeld vermoedelijke piraten – veroorzaken. Vanuit een beleidsperspectief – de strijd tegen de straffeloosheid en de rechten van individuen – is een goed ontwikkeld kader van regelgeving, toezicht en aansprakelijkheid zonder meer aanbevelenswaardig.

Een internationaalrechtelijke voorvraag hierbij is of Staten ook *verplicht* zijn een dergelijk kader te ontwikkelen, met andere woorden of de uitwerking van dit kader meer is dan een discretionaire keuze van de Staat. Indien het antwoord daarop bevestigend is, lopen Staten tegen staatsaansprakelijkheid aan indien zij een inadequaat rechtskader

15 Voetelink (2013), p. 250. Zie ook art. 6:74 BW inzake wanprestatie.

16 Montreux Document, para. 20.

17 Liss (2009), p. 75.

18 Art. 41 Sr.

voorzien. Deze kwestie wordt als eerste behandeld. De precieze vormgeving van het regelgevend kader volgt daarop. De overkoepelende onderzoeksvraag van dit artikel luidt dan: zijn Staten internationaalrechtelijk verplicht de inzet van PSCs in anti-piraterijoperaties te reguleren, en welke nationaal-rechtelijke mechanismen bieden een adequaat regelgevend kader? Er valt op te merken dat indien het antwoord op de eerste deelvraag ontkennend is ('er is geen internationale reguleringsverplichting'), de tweede deelvraag haar waarde niet verliest, aangezien regulering in het licht van de risico's verbonden met private gewelduitoefening (zie hoger) sowieso maatschappelijk wenselijk is.

2 IS DE STAAT INTERNATIONAALRECHTELIJK VERPLICHT PSC-ACTIVITEITEN AAN BOORD VAN ZIJN SCHEPEN TE REGULEREN?

2.1 Inleiding

Dit deel onderzoekt of de regulering van PSC-activiteiten aan boord van koopvaardij schepen louter een beleidsoptie is voor de Staat, dan wel of het internationaal publiekrecht Staten *verplicht* een regelgevend kader te voorzien.

Hoewel het internationaal recht geen specifieke regels bevat over PSC-activiteiten op zee, kunnen algemene regels inzake internationale verplichtingen worden toegepast op vlaggenstaten van schepen die PSCs inzetten. Deze verplichtingen zijn deels te vinden in het recht van de zee, deels in het recht van de mensenrechten, in het bijzonder het EVRM wat betreft Nederland. Een duidelijke inventarisatie van welke verplichtingen bij de Staat blijven liggen, kan aanknopingspunten bieden voor de procedures die de licentieverstrekken de Staat moet optuigen, zowel in voorbereiding op zo'n licentie als in het geval van misbruik. Zo zou Nederland op basis van het EVRM een *positieve verplichting* kunnen hebben om slechts onder bepaalde voorwaarden licenties te verstrekken aan een PSC, en om de geweldsuitoefening van PSCs – al dan niet ter zelfverdediging – te onderzoeken.¹⁹

De specifieke reikwijdte van deze verplichtingen is echter niet gevrijwaard van onduidelijkheden en conceptuele verwarring. Primair is deze reikwijdte een kwestie van rechtsmacht zoals bedoeld in artikel 1 EVRM en artikel 2(1) van het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR): vallen slachtoffers van geweld uitgeoefend door PSCs binnen de rechtsmacht van Nederland als vlaggenstaat? Indien het antwoord op deze vraag ontkennend is, rusten er geen verplichtingen op Nederland. Indien het antwoord

¹⁹ Vergelijk de problematiek rond *Al-Skeini v UK*, App. No. 55721/07 (EHRM 7 juli 2011), hieronder *Al-Skeini*, waarin de rechtsvraag aan de orde was of het Verenigd Koninkrijk verplicht was een onderzoek in te stellen naar de handelingen van Britse soldaten, en of het onderzoek dat was uitgevoerd aan de eisen van artikel 2 EVRM had voldaan.

bevestigend is, rijst de bijkomende vraag of Nederland positieve verplichtingen heeft om individuen te beschermen tegen onrechtmatige handelingen van PSCs. Beide vragen zijn niet eenvoudig te beantwoorden. Ten eerste hebben begrippen als territoriale controle, soevereiniteit en rechtsmacht een andere functie bij het reguleren van het gedrag aan boord van schepen, helemaal wanneer deze zich op volle zee bevinden. Ten tweede is in deze situaties vaak sprake van een contract tussen twee particulieren, onder licentie van de Staat, in plaats van een direct contract tussen de Staat en een private partij. Beide vragen worden successief behandeld in 2.2 en 2.3.

2.2 *PSCs en de rechtsmacht van de Staat*

De eerste deelvraag die een antwoord behoeft, is de voorvraag of de personen wiens recht op leven in het gedrang komt in een door een PSC uitgevoerde anti-piraterijoperatie, *überhaupt* binnen de rechtsmacht van de vlaggenstaat vallen. Indien het antwoord daarop ontkennend is, heeft de Staat in overeenstemming met art. 1 van het EVRM of artikel 2(1) IVBPR geen enkele verplichting jegens deze personen.²⁰ Het is belangrijk eerst vast te stellen dat de betekenis van ‘rechtsmacht’ of jurisdictie zoals bedoeld in art. 1 EVRM een andere is dan die doorgaans in het internationaal publiekrecht en onder nationaal recht wordt gebruikt. In het internationaal publiekrecht en nationaal privaats- of strafrecht wordt onder rechtsmacht verstaan, het gezag dat een Staat heeft om haar regels op te leggen, disputeren over die regels te beslechten en handhavend op te treden teneinde die regels af te dwingen.²¹ Zoals Milanovic beargumenteert is de notie van rechtsmacht in art. 1 EVRM daaraan gerelateerd, maar heeft het een andere betekenis.²² Het gaat hier om de vraag of een verdragsluitende Staat de jure of de facto macht uitoefent over een individu. Wanneer dergelijke macht vastgesteld kan worden, is het EVRM van toepassing en worden de verplichtingen die dat verdrag op Staten stelt van kracht. Zoals hieronder betoogd, kan dat eveneens macht zijn zonder dat de betreffende Staat wetgevende of uitvoerende rechtsmacht had zoals bedoeld onder internationaal publiekrecht. De vraag die hier dus aan de orde moet komen is of de uitoefening van geweld door private beveiligers aan boord van een in Nederland geregistreerd schip, voldoende is om het EVRM van toepassing te achten.

20 Deze bepalingen luiden respectievelijk ‘De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag’ en ‘Iedere Staat die partij is bij dit Verdrag verbindt zich de in dit Verdrag erkende rechten te eerbiedigen en deze aan een ieder die binnen zijn grondgebied verblijft en aan zijn rechtsmacht is onderworpen te verzekeren [...]’.

21 Brownlie (2008), p. 287.

22 Milanovic (2011), pp. 30–34.

Het meest relevante EHRM-precedent dat de problematiek van rechtsmacht in anti-piraterijoperaties betreft, is wellicht de zaak *Medvedyev*.²³ In deze zaak nam het Hof rechtsmacht aan over de handelingen van Franse mariniers bij het enteren, overmeesteren en vervolgens naar de haven slepen van een Cambodjaans schip met drugs aan boord. Het Hof keek daarbij met name naar de *feitelijke macht* die door Franse overheidsorganen over het schip, en de personen aan boord, werd uitgeoefend.²⁴

Deze zaak betrof echter controle uitgeoefend door staatsambtenaren aan boord van een vreemd schip, terwijl het in geval van PSCs gaat om de incidentele uitoefening van geweld door een *private* actor, die doorgaans effecten *buiten* het schip zelf heeft. In een traditionele ‘territoriale’ opvatting van rechtsmacht zouden slachtoffers van een incidentele ‘extraterritoriale’ geweldsuitoefening niet binnen de statelijke rechtsmacht vallen,²⁵ maar als men als criterium de uitoefening door staatsorganen van een publieke taak (waar dan ook ter wereld) hanteert (zoals het EHRM deed in de zaak *Al-Skeini*),²⁶ vallen ze mogelijk *wel* binnen de statelijke rechtsmacht. Deze redenering gaat echter enkel op voor VPDs. Het is immers hoogst twijfelachtig of PSCs statelijke agenten zijn en/of een publieke taak uitoefenen. Ten eerste vallen PSCs niet onder de definitie van staatsorganen. De aantrekkingskracht van particuliere beveiliging bestaat er immers juist in dat zij niet onder direct staatsgezag opereren, maar op basis van contracten. Voor wat betreft op land opererende PSCs die door Staten gecontracteerd worden is dat al problematisch, maar deze distantie zal nog sterker gelden voor contracten die gesloten zijn met andere particulieren, zoals de contracten tussen reders en PSCs. Het verlenen van een licentie is vermoedelijk onvoldoende om PSCs tot staatsorganen te kunnen rekenen.²⁷ Ten tweede is het maar de vraag of het verstrekken van particuliere beveiliging een publieke taak is, zoals de Britse militaire operaties in Irak dat wel waren in *Al-Skeini*.²⁸ Uiteindelijk dient deze beveiliging slechts een particulier belang, dat van de reder en de bemanning.

Wanneer het echter niet gaat om gebruik van geweld met effecten buiten het schip, maar de piraten daadwerkelijk aan boord klimmen en zich op een plek bevinden waar de Staat de volledige controle heeft, dan wel wanneer zich een situatie van detentie voordoet, is het aannemelijk dat de relevante verplichtingen onder het EVRM van toepassing worden. Maar ook dan is het nog maar de vraag of Staten controle hebben over koopvaardij schepen zoals zij controle hebben over hun eigen militaire schepen. In die context valt te argumenteren dat de kapitein als *master of the ship* aan boord van het schip bijzondere handhavings-

23 *Medvedyev v France*, App. No. 3394/03 (EHRM GC 29 maart 2010).

24 *Ibid.*, paras. 50–51.

25 Zie *Bankovic and others v Belgium and others*, App. No. 52207/99 (EVRM GC 12 december 2001).

26 *Al-Skeini*, paras. 149–150. Zie voor een verdere discussie van *Al-Skeini*: Milanovic (2012), p. 127 e.v.

27 Deze mogelijkheid wordt opgeworpen in Bodini (2011), pp. 846–847. Douglas Guilfoyle bekritiseert die suggestie in Guilfoyle (2012).

28 Zie Milanovic, a.w. noot 26.

bevoegdheden heeft die op land enkel aan de Staat toekomen, en dus dat personen aan boord van dit schip binnen de rechtsmacht van de Staat vallen.²⁹

Hoewel het Hof ruimte laat voor maatwerk op basis van de Conventie, lijken handelingen van PSCs die gevolgen hebben buiten het schip echter niet onder de reikwijdte van het EVRM te vallen. Betekent dat direct dat potentiële slachtoffers van onrechtmatig gebruik van geweld door PSCs geheel gevrijwaard zijn van mensenrechtenbescherming onder het EVRM? Wellicht niet. Ten eerste biedt het EVRM minimumstandaarden; een Staat is vrij om in binnen eigen wetgeving dezelfde substantiële en procedurele garanties in te bouwen die het EVRM zou hebben vereist. Het is bovendien mogelijk dat het Hof in een toekomstige zaak de rechtsmacht verder uitbreidt, dan wel een constructie opzet waarbij de scheepskapitein als tijdelijk vertegenwoordiger van de Staat wordt beschouwd die de vereiste controle over de handelingen van PSCs uitoefent. Hiermee zouden dergelijke handelingen alsnog onder de reikwijdte van het EVRM vallen, daarmee de positieve verplichtingen in het leven roepend die hieronder worden behandeld. Op dit moment is echter duidelijk dat de jurisprudentie van het EHRM nog weinig oog heeft voor de versplintering en opdeling van staatsmacht. Zo'n twintig jaar na de eerste groeispurt van de particuliere beveiligingssector, en tien jaar na hun eerste optredens op zee, heeft het Hof nog geen plek voor ze gevonden binnen het regime van de Conventie. Nu steeds meer verdragsluitende Staten onder het EVRM licentieregimes voor mariene PSCs aannemen wordt de kans ook groter op PSC-gerelateerde zaken; het zal dan blijken hoe ver het Hof wil gaan bij het aannemen van een relatie tussen de verdragsluitende Staat, en degenen die de gevolgen ervaren van het handelen van de PSC.

2.3 *PSCs en positieve verplichtingen van de Staat*

Zelfs als slachtoffers van handelingen van PSCs binnen de rechtsmacht van Nederland vallen, is het de vraag of op Nederland positieve verplichtingen rusten om het handelen van één private actor (de PSC) jegens een andere private actor (het individu) te reguleren. Het is in ieder geval vaste jurisprudentie van zowel het EHRM als het VN-Mensenrechtencomité (dat toezicht houdt op de implementatie van het IVBPR) dat Staten verplicht zijn maatregelen te nemen om te voorkomen dat de rechten uit het EVRM en het IVBPR worden aangetast door private partijen.³⁰ Daarmee creëren zowel het IVBPR als het EVRM

29 Zie in dat kader de beslissing van het EHRM in *Hirsi v Italy* over de *de jure* controle die Staten uitoefenen aan boord van schepen onder haar vlag, die daarmee Conventieverplichtingen met zich meebrengt. Het Hof verwees daarbij slechts als subsidiair argument naar het feit dat *Hirsi* een Italiaans marineschip betrof, en achtte het irrelevant dat het schip zich voor andere doeleinden in het gebied bevond. Zie *Hirsi v Italy*, App. No. 27765/09 (EHRM, Grote Kamer, 23 februari 2012).

30 Zie Augenstein (2011).

een verkapte horizontale verplichting, gegoten in de vorm van een positieve verplichting die op de verdragsluitende Staat rust.

Meer in het bijzonder onderscheidde het EHRM in *Fadayeveva*³¹ twee vormen van verplichtingen die de Staat heeft met betrekking tot particulieren, specifiek ondernemingen: negatieve verplichtingen wanneer de particulier binnen de staatsstructuur opereert, en de positieve verplichting tot regulering van de relaties tussen private partijen wanneer Conventierechten in het geding zijn. Met name die laatste verplichting is relevant voor PSCs, die anders dan VPDs, immers geen overheidsorgaan zijn en wier handelingen in beginsel niet direct tot de aansprakelijkheid van de Staat leiden. Dit onderscheidt de verplichtingen van Staten ten opzichte van PSCs van die ten opzichte van VPDs.

Een uitputtende discussie van alle rechten die positieve verplichtingen voor de Staat in het leven roepen, is hier niet op zijn plaats. De meest in het oog springende norm in het kader van PSC-operaties is de bescherming van het recht op leven, zoals onder andere vervat in artikel 2 EVRM en artikel 6 IVBPR.³² De relevantie van dit recht is in de context van particuliere beveiliging maar al te duidelijk. Zelfs in situaties die geen gewapend conflict inhouden, hebben PSCs de capaciteit om geweld te gebruiken en daarmee het recht op leven te beïnvloeden. Deze capaciteit heeft niet alleen betrekking op daadwerkelijke piraten waartegen PSCs zich moeten verdedigen, maar ook op vissersboten en andere onschuldige vaartuigen en hun opvarenden die moeilijk te onderscheiden zijn van piraten. Daarnaast kan de situatie ontstaan dat PSCs per ongeluk gijzelaars op een piratenschip raken. Het *Enrica Lexie*-incident (zie onder 4.3) laat zien dat het zelfs voor goedgetrainde mariniers bijzonder lastig is om in te schatten of een naderende boot verkeerde intenties heeft of niet. We kunnen derhalve aannemen dat ook in het geval van een licentiehoudende PSC met een goede reputatie, de dreiging van dodelijke incidenten nog steeds aanwezig is, waarmee de bescherming op het recht op leven relevant blijft.

Het is belangrijk in te zien dat de artikelen 2 EVRM en 6 IVBPR het recht op leven niet op absolute wijze beschermen. De artikelen staan het opzettelijk beroven van iemands leven toe in geval van toepassing van de doodstraf, de uitoefening van wetshandhaving en zelfverdediging. Het EVRM kent daarnaast nog een derogatiemogelijkheid tijdens een gewapend conflict.³³ In het geval van particuliere beveiliging op zee zal in principe alleen de uitzonderingsgrond 'zelfverdediging' van toepassing zijn, aangezien gevallen van piraterij niet binnen de definitie van een gewapend conflict vallen, en PSCs doorgaans geen wetshandhaving of executies uitvoeren.³⁴

31 *Fadayeveva v Russia*, App. No. 55723/00 (EHRM 9 juni 2005).

32 Zie voor een verdere discussie van de relevantie van dit recht voor PSCs: Lenzerini (2011).

33 Art. 15 EVRM: 'In tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, kan iedere Hoge Verdragsluitende Partij maatregelen nemen die afwijken van zijn verplichtingen ingevolge dit Verdrag, voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht.'

34 Lenzerini (2011).

Ten opzichte van de uitoefening van dit private zelfverdedigingsrecht draagt de Staat de verantwoordelijkheid om het risico op mogelijke schendingen te minimaliseren, situaties waar zulke schendingen toch plaatsvonden te onderzoeken en waar nodig te bestraffen.³⁵ Die verplichting strekt zich niet alleen uit tot situaties waar daadwerkelijk dodelijk geweld gebruikt is, maar ook waar de continue dreiging van dat geweld bestaat,³⁶ zoals in het geval van PSCs. Concreet nemen Staten daarmee de verplichting op zich waar mogelijk maatregelen te nemen die het risico op het gebruik van dodelijk geweld verminderen, zoals bijvoorbeeld het opstellen van gedragscodes en richtlijnen als onderdeel van de licentieprocedure, zoals besproken. Wat de uitoefening van het recht op zelfverdediging betreft, kan de inhoud van die instructies verschillen: zo leggen sommige Staten de macht om te beslissen over het gebruik van geweld in zelfverdediging neer bij de kapitein, terwijl bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk die beslissing alleen laat bij degene die feitelijk bij machte is die zelfverdediging uit te voeren.³⁷ Zoals eerder aangegeven, kan dan ook de aansprakelijkheid voor een foutief uitoefenen van het recht op zelfverdediging van Staat tot Staat verschillen.

Wanneer het recht op leven (mogelijk) geschonden is door het gebruik van geweld door een PSC, legt artikel 2 EVRM een verplichting bij de Staat om effectief onderzoek te doen door een onafhankelijke juridische instantie, en waar nodig maatregelen te nemen ter compensatie of bestraffing.³⁸ Als een licentieverstrekende Staat onvoldoende processuele garanties inbouwt of geen afdoende onderzoek doet, kan dat op zichzelf een schending opleveren van artikel 2 EVRM, ook al zijn de PSCs geen staatsorgaan en handelen zij ook niet op instructies van de vlaggenstaat.

Dat een dergelijk onderzoek bepaald niet vanzelfsprekend is, blijkt uit het feit dat hoewel de meeste Europese staten gebruik maken van PSCs, dan wel wetgeving hebben aangenomen die dit mogelijk maakt, in slechts een enkel geval onderzoek heeft plaatsgevonden naar een mogelijk geweldsincident waar een PSCs bij betrokken was.³⁹ Tegelijkertijd blijkt echter uit interviews met onder andere Instituut Clingendael dat bij de inzet van

35 Het is in die context belangrijk dat PSC's geen staatsorganen zijn. De Staat draagt directe verantwoordelijkheid voor het gedrag van haar organen en heeft zelfs bij wetshandhaving of zelfverdediging de verplichting om het risico op dodelijke consequenties te minimaliseren; met andere woorden, voor zover het gedrag van haar organen betreft is er een resultaatsverplichting tot het beschermen van het recht op leven. Zie hiervoor o.a. *McCann v United Kingdom*, App. No. 18984/91 (EHRM GC 27 september 1995).

36 *Osmanóglu v Turkey*, App. Nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 en 16073/90 (EHRM GC 18 september 2009).

37 Zie Rapport Clingendael (2013), p. 47, verwijzend naar *Interim Guidance to UK Flagged Shipping on the Use of Armed Guards to Defend Against the Threat of Piracy in Exceptional Circumstances*, versie 1.2 Department of Transport (mei 2013), art. 5.6.

38 Zie voor een uitgebreidere bespreking van die verplichting Chevalier-Watts (2010).

39 BBC News, "Pirate" dies as ship's guards repel attack off Somalia', 24 maart 2010, beschikbaar op <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8584604.stm> (laatst bezocht 22 april 2014).

zowel VPD's als PSCs in gebieden waar het risico op aanvallen door piraten groot is, meerdere malen aanwijzingen zijn gevonden voor gebruik van dodelijk geweld.⁴⁰

Behalve het recht op leven zijn er meer rechten die nadelig beïnvloed kunnen worden door PSCs, en ten bate waarvan de Staat specifieke inspanningen moet leveren. Waar PSCs van piraterij verdachte personen vasthouden – waartoe zij op basis van de hoger geschetste Britse en Belgische regelgeving bevoegd zijn – kunnen zowel het verbod op foltering en onmenselijke behandeling,⁴¹ als het recht op vrijheid en veiligheid⁴² in gedrang komen. Incidenten op land hebben laten zien dat ook goed getrainde PSCs over kunnen gaan tot foltering, en in ieder geval onmenselijke behandeling door het weigeren van voedsel, water of medicijnen.⁴³ Dergelijke handelingen vallen zonder meer binnen de rechtsmacht van de Staat, aangezien hethier situaties betreft waar de piraten zich direct onder de controle van de PSC en dus vermoedelijk op het schip zelf bevinden. Overigens is de scheepskapitein, zoals eerder aangegeven, als *master of the ship*, primair verantwoordelijk voor wetshandhaving aan boord van het schip. Met betrekking tot detentie van piraten door PSCs ligt de verantwoordelijkheid voor het verzekeren van Conventierechten dan ook in de eerste plaats bij hem. De Staat zal dan ook de nodige preventieve en repressieve maatregelen moeten nemen ten aanzien van de kapitein. De Staat zal er daarbij met name voor moeten zorgen dat de kapitein de gedetineerden zo spoedig mogelijk overdraagt aan een onafhankelijke rechter, die kan beslissen over de grond van de detentie, zoals vereist door artikel 5 lid 3 EVRM.⁴⁴

Hoewel de hierboven besproken mensenrechtenverdragen de meest uitgebreide jurisprudentie hebben waarin de positieve verplichtingen van de Staat ten opzichte van individuen buiten zijn territorium wordt uitgewerkt, kennen zowel het internationaal publiekrecht als specifiek het recht van de zee een aantal positieve verplichtingen die betrekking kunnen hebben op de verhouding tussen Staten en PSCs. De meest algemene daarvan vinden we in *Corfu Channel*,⁴⁵ een zaak waarin het Internationaal Gerechtshof bepaalde dat Staten een algemene verplichting hebben om alles in hun macht te doen om te voorkomen dat

40 Eén Vandaag, 'Clingendael: Beveiligers op koopvaardij schepen', beschikbaar op http://www.eenvandaag.nl/buitenland/oorlog-gegen-terreur/44809/clingendael_beveiligers_op_koopvaardij schepen (laatst bezocht 22 april 2014).

41 Art. 3 EVRM, art. 7 IVBPR.

42 Art. 5 EVRM, art. 9 IVBPR.

43 Zie bijvoorbeeld de incidenten in de Abu Ghraib-gevangenis, waar werknemers van CACI en L-3 Services bij betrokken waren, uitgebreider besproken in Tonkin (2011), pp. 192–193. De civielrechtelijke claims tegen de betrokken bedrijven zijn later afgewezen vanwege immuniteit van de contractanten, zie oa *Ibrahim v Titan Corp*, 391 F Sup. 2d 10 (DDC 2005), *Saleh v Titan Corp* 436 F Sup. 2d 55 (DDC 2006) en de nog lopende zaak van *Al-Shimari v CACI Premier Technology Inc et al*, (E.D. 2013) No. 08-00827.

44 Uit *Medvedyev* blijkt dat gezien de beperkingen van transport op volle zee dergelijke bepalingen ruim moeten worden uitgelegd, maar dat de verplichting niet verdwijnt en in ieder geval zo spoedig mogelijk moet worden uitgevoerd. *Medvedyev*, a.w. noot 23, paras. 130–131.

45 *United Kingdom v Albania* (Corfu Channel), 15 December 1949, ICJ Rep. 1949.

schade wordt toegebracht aan andere Staten. Deze *due diligence*-verplichting werd nog eens aangehaald door het Zeerechttribunaal in een advies uit 2011,⁴⁶ daarbij aanteknend dat hoe groter de potentiële schade en hoe riskanter de activiteit, hoe verder de verplichting tot voorkomen van die schade reikt. Deze formulering zal voor veel Staten, waaronder Nederland niet onbekend voorkomen; voor de Nederlandse burgerlijk rechter sluit hij aan op de bekende Kelderluikcriteria, en hij vindt eveneens zijn weerslag in de Learned Hand formule voor het berekenen van aansprakelijkheid bij nalatigheid.⁴⁷ Uit deze zaken valt af te leiden dat wanneer Staten hun eigen geweldsmonopolie uitbesteden, een algemene zorgplicht blijft bestaan die vervuld kan worden middels zorgvuldige regelgeving omtrent het gebruik van geweld door PSCs. Staatsaansprakelijkheid zou ingevolge *Corfu Channel* kunnen volgen uit een gebrek aan adequate regels en onzorgvuldige procedures bij het verlenen van licenties, waardoor het risico ontstaat dat slecht getrainde PSCs aan boord van schepen nadelige gevolgen veroorzaken voor onderdanen van andere Staten.

Meer specifiek kent het VN-Zeerechtrecht aan de vlaggenstaat van een schip bepaalde plichten toe. De exclusieve rechtsmacht van de vlaggenstaat valt samen met een initiële verplichting om te zorgen dat er een daadwerkelijke connectie ('genuine link') bestaat tussen het schip en de vlaggenstaat (art. 91–92). De Staat is op grond van artikel 94 vervolgens verplicht om deze rechtsmacht ook daadwerkelijk uit te oefenen. Artikel 94 somt een aantal omstandigheden op die aangeven wanneer die uitoefening plaats moet vinden, waarvan de meest in het oog springende de verplichting is om een onderzoek te doen naar ieder incident dat schade toebrengt aan andere schepen, of resulteert in de dood van de onderdaan van een andere Staat. In zijn algemeenheid creëert artikel 94 een regime dat de Staat verplicht een zekere orde te handhaven aan boord van schepen die onder haar vlag varen, vergelijkbaar met de orde binnen zijn eigen territorium.

De vraag die daarbij gesteld kan worden, is tweërlei. Ten eerste is het twijfelachtig of alle vlaggenstaten voldoende controle uitoefenen over de schepen onder hun vlag om te spreken van een 'genuine link'. Zo niet, dan is het eveneens onzeker of Staten inderdaad hun verantwoordelijkheden moeten nemen die hen door artikel 94 worden toegekend. De tweede vraag is in hoeverre Staten ook daadwerkelijk op hun verantwoordelijkheden gewezen kunnen worden, en deze kunnen worden afgedwongen. Zoals hierboven is aangegeven, is de omvang en inhoud van EHRM-jurisprudentie op dit gebied groter dan binnen het zeerecht. Dat is mede omdat het EVRM in tegenstelling tot het VN-Zeerechtrecht een individueel klachtrecht kent. Dit geeft slachtoffers van geweldgebruik door PSCs een veel directere aanspreekbaarheid. Bovendien zijn EVRM-rechten in Neder-

46 *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*, Advies, Bijzondere Kamer voor geschillen betreffende de Zeebodem van het Internationaal Zeerechttribunaal (ITLOS), No. 17, 1 februari 2011 (2011) 50 ILM 458, para. 110, 'an obligation to deploy adequate means, to exercise best possible efforts, to do the utmost, to obtain this result'.

47 Grossmann e.a. (2006).

land, evenals in een aantal andere lidstaten van de Raad van Europa, direct voor de nationale rechter inroepbaar.⁴⁸ Ook hierdoor heeft een beroep op de artikelen 2, 3 en 5 EVRM een grotere kans om regulering van PSCs aan te scherpen dan wanneer de relevante positieve verplichtingen vanuit het VN- Zeerechtverdrag zou moeten komen.

3 HET TOELATEN VAN PSC-INZET: DE ORGANISATIE VAN EEN REGELGEVEND KADER

3.1 *Introductie*

Van Staten, in het bijzonder vlaggenstaten (de Staten waar koopvaardij schepen zijn geregistreerd), kan worden verwacht dat zij een reguleringsverantwoordelijkheid nemen ten aanzien van de activiteiten van PSCs aan boord van hun schepen. Deze verwachting kan voortvloeien uit een internationaalrechtelijke verplichting, onder meer op basis van de internationale mensenrechten (zie deel 2). Zelfs in afwezigheid van een internationale verplichting blijft er niettemin een legitieme reguleringsverwachting van de internationale gemeenschap, aangezien PSCs in een rechtsvrije ruimte dreigen te opereren in het licht van de reeds aangehaalde risico's. Wanneer de Nederlandse overheid de inzet van PSCs op koopvaardij schepen overweegt, zal zij dan ook in een afdoend regelgevend kader dienen te voorzien. Dit regelgevend kader is op basis van art. 94 van het VN-Zerechtverdrag van toepassing op schepen die de Nederlandse vlag voeren, ook buiten de Nederlandse wateren.

Aangezien andere Staten al tot de privatisering van anti-piraterijbeveiliging zijn overgegaan, kan de Nederlandse regelgever zich laten leiden door de door die Staten gehanteerde *best practices*. Met name het Verenigd Koninkrijk en België verdienen hier enige aandacht. Het Verenigd Koninkrijk (VK) is van oudsher een grote zeevarende natie en is de Europese Staat die tot nu toe het meest gebruik heeft gemaakt van PSCs, met name op land. Het VK heeft een aantal specifieke richtlijnen en procedures – die echter niet de status van wet hebben – uitgevaardigd om de inzet van PSCs op Britse schepen te regelen. België is relevant als vergelijkingspunt omdat daar in 2013 een specifieke *wet* is aangenomen die gericht is op de regulering van de inzet van PSCs in anti-piraterijoperaties; deze wet stelt een *licentiesysteem* voorop.

3.2 *Het VK*

Het Verenigd Koninkrijk hanteert een *Interim Guidance to UK Flagged Shipping on the Use of Armed Guards to Defend Against the Threat of Piracy in Exceptional Circumstances*

⁴⁸ Art. 93 Gw.

als regelgevend kader.⁴⁹ Dit document bevat richtlijnen voor reders, maar heeft niet de status van wet. PSCs doen er echter goed aan deze richtlijnen te volgen, aangezien de beoordeling van de aanvraag die de reder bij het Britse Departement van Transport en het Ministerie van Binnenlandse Zaken doet om private bewakingsactiviteiten te ontplooiën, gebaseerd is op deze richtlijnen.⁵⁰

Het Verenigd Koninkrijk laat de inzet van PSCs aan boord van koopvaardij schepen slechts toe in 'uitzonderlijke omstandigheden',⁵¹ namelijk wanneer de route van het desbetreffende schip door een gebied met een hoog piraterijrisico loopt (zoals de kust van Somalië), wanneer de correcte toepassing van de door de Internationale Maritieme Organisatie (IMO) ontwikkelde *Best Management Practices (BMP)*⁵² onvoldoende bescherming tegen piraterij biedt, en wanneer de plaatsing van een PSC een verminderd risico voor eenieder aan boord van het schip oplevert; dit zijn cumulatieve vereisten.⁵³ Het Verenigd Koninkrijk bekijkt vervolgens de aanwezigheid van keurmerken, de financiële positie van het bedrijf, verzekerings technische aspecten, de structuur van het bedrijf, en gaat na of de desbetreffende PSC daadwerkelijk geschikt is voor de beveiligingstaak.⁵⁴ Dit laatste blijkt uit de ervaring die het personeel kan voorleggen, de kennis van internationale anti-piraterij-operaties, de kennis van de BMP, uitgeschreven procedures met betrekking tot commandostructuren, toegang tot juridisch advies, begrip van nationaal recht van de haven- en kuststaten, en kennis van procedures die na een incident worden gebruikt.⁵⁵ Wanneer aan alle vereisten is voldaan, bepalen PSC en reder de grootte en samenstelling van het PSC-detachement. Het is daarbij van belang dat de PSC medisch personeel incorporeert, capabele leidinggevend in zet en dat de gecombineerde grootte van personeel van de reder en PSC niet groter is dan de maximale capaciteit van het schip.⁵⁶

Het is van belang in te zien dat de reder zichzelf ervan moet overtuigen dat de PSC voldoet aan de eisen die gesteld worden door de overheid. De reder is dus zelf verantwoordelijk voor het kiezen van een competente PSC.⁵⁷ Zo zal hij in samenspraak met de PSC de *background checks* van het personeel van de PSC aan moeten vragen bij de *Disclosure*

49 *Interim Guidance to UK Flagged Shipping on the Use of Armed Guards to Defend Against the Threat of Piracy in Exceptional Circumstances*, versie 1.2 Department of Transport (mei 2013).

50 *Home Office guidance to applicants to possess firearms to protect UK registered ships – Authorisation process on the use of armed guards on UK registered ships*, maart 2013, p. 6.

51 *Interim Guidance*, a.w. noot 49, para 2.2.

52 Internationale Maritieme Organisatie, BMP 4. *Best Management Practices for Protection against Somalia Based Piracy. Suggested Planning and Operational Practices for Ship Operators and Masters of Ships Transiting the High Risk Area* (Version 4 – August 2011). Dit document omschrijft o.a. een aantal voorzorgsmaatregelen, procedures en 'what if'-scenario's die reders in acht moeten nemen wanneer zij door een *High Risk Area* varen.

53 *Interim Guidance*, a.w. not 49, para 1.6.

54 *Interim Guidance*, a.w. noot 49, para 3.5.

55 *Ibid.*, para 3.9 – 3.12.

56 *Ibid.*, para 4.3 – 4.7

57 *Ibid.*, para 3.5.

and Barring Service (DBS),⁵⁸ moeten voorzien in medische/psychische keuringen en relevante up-to-date training moeten verzorgen.⁵⁹ Na het opstellen van het contract vraagt de PSC *clearance* aan bij het *Home Office*, waarbij bijvoorbeeld DBS-certificaten moeten kunnen worden overlegd. Deze certificaten tonen onder andere aan dat een personeelslid op het moment van uitgifte geen strafblad heeft. Voor nieuwe reizen moet steeds een nieuw DBS-certificaat worden aangevraagd, waarbij PSCs gebruik kunnen maken van een 'updateservice' die ervoor zorgt dat de DBS constant de status van het personeel monitort.⁶⁰ Om vuurwapens te mogen gebruiken moet een PSC ook aanvraag hebben gedaan bij het *Home Office*.⁶¹ De reder heeft de verantwoordelijkheid om te controleren dat de PSC alle benodigde certificaten heeft wanneer de reis begint.⁶² Alleen PSCs die een *clearance* hebben van het *Home Office* komen in aanmerking voor daadwerkelijke inzet, maar de reder is zelf verantwoordelijk om slechts gekwalificeerde PSCs aan boord te nemen in overeenstemming met de *Interim Guidance*.⁶³

3.3 België

Naast het Verenigd Koninkrijk heeft ook België recent regelgeving uitgevaardigd ter regulering van anti-piraterij-PSCs. Anders dan in het VK is deze regelgeving in de vorm van een wet gegoten, de in 2013 aangenomen 'Wet houdende diverse maatregelen betreffende de strijd tegen maritieme piraterij',⁶⁴ die samen met de 'Wet tot regeling van de private en bijzondere veiligheid'⁶⁵ moet worden gelezen. Deze wet bevat specifieke regels met betrekking tot de inhoud van het contract tussen reder en PSC, en beperkt dus de contractsvrijheid. Deze regels zijn inhoudelijk vergelijkbaar met de Britse regels en vereisen met name dat de door de PSC na te leven regels en de BMP-regels in het contract worden opgenomen, dat het leidinggevend personeel van de PSC bekend is met de Belgische en buitenlandse wetgeving die betrekking heeft op de reis, dat de aansprakelijkheid van de PSC verzekerd is, en dat de PSC geen gebruik maakt van onderaannemers.⁶⁶ Het laatste verbod vereenvoudigt aansprakelijkheidskwesties in geval van eventuele misstanden, zoals de Nederlandse Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV) eerder al opmerkte.⁶⁷

58 De DBS is een overheidsinstantie die verantwoordelijk is voor het uitvoeren van achtergrond *checks*, waar- onder het strafblad van een mogelijke PSC-medewerker.

59 *Interim Guidance*, a.w. noot 49, para 3.9.

60 *Home Office Guidance*, a.w. noot 50, Armed Guards, para 8, p. 3.

61 *Home Office Guidance*, a.w. noot 50, Section 5 application, para 1, p. 2.

62 *Interim Guidance*, a.w. noot 49, para 3.5.

63 *Home Office Guidance*, a.w. noot 50, Section 5 application, para 1, p. 2.

64 Wet houdende diverse maatregelen betreffende de strijd tegen maritieme piraterij, *Belgisch Staatsblad*, 16 januari 2013, p. 4730.

65 Wet tot regeling van de private en bijzondere veiligheid, *Belgisch Staatsblad*, 23 januari 2014, p. 5631.

66 Art. 6 Wet houdende diverse maatregelen betreffende de strijd tegen maritieme piraterij, a.w. noot 64.

67 Advies AIV, a.w. noot 2, para 65.

Anders dan krachtens de Britse wetgeving hoeven reders niet een aanvraag in te dienen bij de overheid om PSCs in te zetten, maar worden PSCs rechtstreeks gecertificeerd door de overheid.⁶⁸ Waar een PSC in het Verenigd Koninkrijk later in het proces *clearance* moet aanvragen bij het *Home Office*, worden PSCs in België van tevoren gecertificeerd. Zonder certificering kunnen reder en PSC geen contract sluiten; een contract dat overigens woordelijk moet verwijzen naar de certificering.⁶⁹

Een inbreuk op de certificeringsvereisten door de PSC kan resulteren in een geldboete van maximaal 25.000 euro.⁷⁰ Verder kan de overheid de vergunning van de PSC geheel intrekken, met name in geval van inbreuken op de regels met betrekking tot de verhouding tussen de kapitein en de PSC.⁷¹ Het is echter maar de vraag hoe inbreuken precies kunnen worden vastgesteld in internationale wateren. Volgens de Belgische wet houdt de politie toezicht op de naleving van de bepalingen,⁷² maar in internationale wateren patrouilleert de Belgische politie niet. Hoogstens patrouilleert de Belgische marine daar in het kader van een internationale anti-piraterijmissie, maar deze heeft in beginsel geen politieke bevoegdheden. Handhaving van de wet lijkt daarom bijna volledig afhankelijk te zijn van een correcte incidentmelding *door de PSC zelf*. De wet draagt in die context de operationeel verantwoordelijke op alle activiteiten van de PSC bij te houden in een logboek,⁷³ en een verslag van elke opdracht op te maken.⁷⁴ Deze verantwoordelijke heeft de verplichting incidenten onverwijld te melden indien de PSC gebruikt heeft gemaakt van vuurwapens of personen heeft aangetroffen, verdacht van deelname aan feiten van piraterij, of indien het schip werd aangevallen door piraten.⁷⁵ Wanneer een incident plaatsvindt, hebben de PSC en de kapitein overigens bijzondere handhavende bevoegdheden. Zo bevatten zowel de Britse regelgeving als de Belgische wetgeving procedures met betrekking tot het veiligstellen van videomateriaal en andere data, het afnemen van getuigenissen, fouilleren, boeien, en het voorlopig in hechtenis nemen van personen.⁷⁶

3.4 Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt dat zowel het Verenigd Koninkrijk als België van oordeel zijn dat het geweldmonopolie van de Staat zich niet verzet tegen de inzet van PSCs in anti-

68 Art. 13.18 Wet tot regeling van de private en bijzondere veiligheid, a.w. noot 65.

69 Art. 6(1) Wet houdende diverse maatregelen betreffende de strijd tegen maritieme piraterij, a.w. noot 64.

70 Art. 13.33 Wet tot regeling van de private en bijzondere veiligheid, a.w. noot 65.

71 *Ibid.*, art. 17.1.

72 *Ibid.*, art. 16.

73 *Ibid.*, art. 13.29.

74 *Ibid.*, art. 13.30.

75 *Ibid.*, art. 13.31.

76 *Interim Guidance*, a.w. noot 49, Annex 5, p. 52; en *Merchant Shipping Act 1995*, S. 105 *Master's power of arrest*; art. 13.31 Belgische Wet tot regeling van de private en bijzondere veiligheid, a.w. noot 65.

piraterij-operaties. Dit betekent evenwel niet dat die PSCs *zomaar* hun diensten kunnen aanbieden aan reders. Gezien de risico's die gepaard gaan met de privatisering van het gebruik van geweld, hebben zij de inzet van PSCs onderworpen aan een regelgevend en toezichthoudend kader. Zo een kader is verdedigbaar, maar het is op dit moment nog te vroeg om te oordelen of het ook effectief is: Beperkt het inderdaad het aantal incidenten op zee, en bevordert het de adequate afhandeling van dergelijke incidenten?⁷⁷ Van belang is op te merken dat de handhaving van de regelgeving aan boord van schepen tijdens de vaart niet door overheidsagenten geschiedt, maar door de PSC zelf; dit is de kat op het spek binden. Het valt daarom te overwegen overheidsagenten te plaatsen aan boord van koopvaardischepen die PSCs inzetten. Als men dat overweegt, rijst echter meteen de vraag waarom men de veiligheidshandhaving überhaupt aan PSCs zou overlaten: is het gebruik van – wat kleinere – *vessel protection detachments* van Defensie dan niet verkieslijk?

4 AANSPRAKELIJKHEID EN RECHTSMACHT

4.1 Inleiding

Een kader van toezicht op PSCs heeft in de eerste plaats de ambitie misstanden te *voorkomen* door de inzet van PSCs te onderwerpen aan regelgeving. Bij overtreding van de regelgeving kan de PSC haar licentie verliezen of is het de reder niet langer toegestaan gebruik te maken van PSCs. Het kader van toezicht zegt echter weinig over de verantwoordelijkheid van PSCs ten aanzien van personen aan wie zij schade berokkenen, bijvoorbeeld een visser die onterecht als piraat wordt aanzien en onder vuur wordt genomen. In dit deel gaan we na in hoeverre PSCs aansprakelijk gehouden kunnen worden voor onrechtmatige handelingen begaan op volle zee en welke Staat rechtsmacht heeft over deze daden.

4.2 Onrechtmatig handelen op volle zee

Er zij allereerst op gewezen dat PSCs of hun personeel in beginsel niet geacht worden eigen beslissingen te nemen met betrekking tot de veiligheid van het schip aan boord waarvan zij hun activiteiten verrichten. Op basis van het *master of the ship*-beginsel uit het maritiem

⁷⁷ Louter vanuit een utilitaristisch perspectief kan worden geredeneerd dat de incidentie van misstanden afgewogen moet worden tegen de mogelijk drastische reductie van piraterij als gevolg van de aanwezigheid van PSC's aan boord van koopvaardischepen. Het aantal aanvallen van piraten is de laatste tijd inderdaad afgenomen (zie NOS, 'Minder piraterij bij Somalië', 24 oktober 2013), maar het is niet duidelijk of dit het gevolg is van de inzet van PSC's veeleer dan VPD's dan wel van een andere oorzaak. Bovendien doet een utilitaristisch perspectief geen recht aan de individuele slachtoffers van PSC-activiteiten, en ondermijnt het de internationale *rule of law*.

recht draagt de *kapitein* van het schip eindverantwoordelijkheid en neemt enkel hij de beslissingen.⁷⁸ Het Verenigd Koninkrijk stelt bijvoorbeeld dat de commandant van de PSC slechts als adviseur optreedt, en dat de kapitein uiteindelijk alle beslissingen neemt.⁷⁹ De eindverantwoordelijkheid van de kapitein als *master of the ship* is ook neergelegd in de Belgische wetgeving.⁸⁰ De PSC aan boord van het schip kan de kapitein adviseren over eventuele handelwijzen in geval van piraterijdreiging, maar de kapitein neemt uiteindelijk het besluit.⁸¹ Wanneer de PSC de kapitein slechts adviseert en bevelen van de kapitein opvolgt, zal de kapitein verantwoordelijk moeten worden gehouden voor eventuele acties wanneer hij daartoe opdracht heeft gegeven. Het beginsel van de bevelsverantwoordelijkheid van de meerdere voor de acties van zijn ondergeschikte is hierbij van toepassing.⁸²

Wat de concrete uitvoering van deze beslissingen betreft, is het wel voorstelbaar dat in het contract tussen reder en PSC bepaalde verantwoordelijkheden worden gedelegeerd aan de PSC. Deze delegatie zal juridisch echter goed geregeld moeten worden. De *Guidance* van het VK vereist bijvoorbeeld een duidelijke commandostructuur, met de afspraak dat de PSC opereert onder bevel van de kapitein van het schip, een procedure voor heldere communicatie tussen de kapitein van het schip en de commandant van de PSC, een lijst van taken, verwachte handelingen en gedrag van PSC-personeel aan boord van het schip, en een briefing door de PSC van haar *modus operandi*.⁸³

Zonder een goede regeling *op voorhand* zullen reders van de overheid geen toelating krijgen om PSCs in te zetten.⁸⁴ Wanneer blijkt dat de afspraken in de praktijk niet worden nageleefd, zou de overheid de toelating kunnen intrekken. Bovendien kan de ene partij ook een contractuele claim tegen de andere instellen (op grond van, in Nederlandse termen, wanprestatie), bijvoorbeeld de reder tegen de PSC wanneer die laatste de afspraken niet naar behoren uitvoert. Hierbij kunnen vragen inzake het dan toepasselijk recht rijzen, die op basis van het internationaal privaatrecht moeten worden opgelost, al zullen partijen vaak een eigen rechtskeuze in het contract maken.⁸⁵

78 SOLAS XI-2 Verdrag, Regulation 8(1) of Chapter XI ('The master shall not be constrained by the Company, the charterer or any other person from taking or executing any decision which, in the professional judgment of the master, is necessary to maintain the safety and security of the ship.'). Nederland is partij bij dit verdrag.

79 *Interim Guidance*, a.w. noot 49, para 5.4.

80 Art. 7 Wet houdende diverse maatregelen betreffende de strijd tegen maritieme piraterij, a.w. noot 64.

81 Art. 13.23 Wet tot regeling van de private en bijzondere veiligheid, a.w. noot 65.

82 De vraag die hierbij moet worden beantwoord is of de kapitein *effectieve controle* heeft over de PSC dan wel slechts *substantiële invloed*. In het laatste geval zou er geen sprake zijn van bevelsverantwoordelijkheid. Zie Moloto (2009).

83 *Interim Guidance*, a.w. noot 49, para 3.15.

84 Zie bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk, waar bij iedere aanvraag een *Counter Piracy Plan* moet worden ingediend: *Home Office Guidance*, a.w. noot 50, p. 6.

85 Voetelink (2013), p. 52.

4.3 Toepasselijk recht en bevoegde rechter

Het contractenrecht biedt echter geen oplossing in geval de PSC door haar daden schade berokkent aan derde partijen, door bijvoorbeeld te vuren op een verkeerdelijk als piraat geïdentificeerde visser. Dergelijke geschillen worden beheerst door het civiel recht inzake onrechtmatige daad (waarbij uiteraard ook kwesties van internationaal privaatrecht rijzen), of door het strafrecht.

Wat het strafrecht betreft, is het Nederlands recht in beginsel van toepassing wanneer op volle zee op een Nederlands schip een misdrijf wordt gepleegd.⁸⁶ Artikel 3 van het Wetboek van Strafrecht bepaalt dat de Nederlandse strafwet toepasselijk is op ieder die zich buiten Nederland aan boord van een Nederlands vaartuig of luchtvaartuig aan enig strafbaar feit schuldig maakt. Handelen van een PSC aan boord van in Nederland geregistreerde schepen valt dus onder het Nederlandse strafrecht.⁸⁷ Indien dit handelen leidt tot een aanvaring of een ander navigatie-incident, zal de vlaggenstaat exclusieve jurisdictie hebben in overeenstemming met het VN-Zeerechtverdrag.⁸⁸ Wanneer een PSC geweld gebruikt jegens personen die zich *buiten* het schip bevinden – met name schieten op piraten op een skiff, aan boord gaan van het piratenschip en daar geweld gebruiken – is het echter maar de vraag of Nederland zijn rechtsmacht op exclusieve wijze kan uitoefenen. Het Zeerechtverdrag regelt deze situatie niet, waardoor het algemene rechtsmachtrecht van toepassing is. Concreet betekent dit dat naast Nederland zelf (de PSC handelt immers vanop een Nederlands schip), vaak ook andere Staten rechtsmacht zullen kunnen uitoefenen. Indien de PSC in een andere Staat is geïncorporeerd (dit zal doorgaans het geval zijn gezien de afwezigheid van een eigen particuliere militaire en beveiligingsindustrie in Nederland), of indien personeelsleden van de PSC de nationaliteit van een andere Staat hebben, kan ook die andere Staat op basis van het nationaliteitsbeginsel rechtsmacht uitoefenen. Indien het incident zich in de territoriale wateren voordoet, kan ook nog de kuststaat rechtsmacht uitoefenen.

Wat het civiele recht betreft, kunnen PSCs op basis van de verwijzingsregels van het internationaal privaatrecht⁸⁹ worden aangeklaagd in het land waar zij zijn gevestigd dan wel waar het misdrijf zich heeft voorgedaan.⁹⁰ Slachtoffers kunnen eventueel ook een zaak

86 Eventueel geweldgebruik door PSCs aan boord van een Nederlands schip kan overigens uitsluitend plaatsvinden op volle zee, aangezien anti-piraterijoperaties aan boord van schepen varende onder vreemde vlag normaal geen gebruik kunnen maken van hun recht van onschuldige doorvaart. Zie art. 17–19 VN-Zeerechtverdrag.

87 AIV advies (2011), para. 11.

88 Art. 97 VN-Zeerechtverdrag.

89 Het VN-Zeerechtverdrag regelt enkel de strafrechtelijke jurisdictie en bewaart het stilzwijgen over de civielrechtelijke jurisdictie over incidenten op volle zee.

90 Zie wat de Europese Unie betreft respectievelijk art. 2(1) en art. 5(3) van de EEX-Verordening, Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Publicatieblad Nr. L 012 van

brengen voor de rechtbanken van de vlaggenstaat van het schip dat het incident veroorzaakt heeft.⁹¹ Deze mogelijkheden zijn echter niet geheel bevredigend voor het slachtoffer. Enerzijds zijn de domicilie- en vlaggenstaatprincipes minder effectief dan ze lijken, aangezien het voor het slachtoffer niet vanzelfsprekend is een procedure te starten in een verland. Anderzijds kan het territorialiteitsbeginsel moeilijk toepassing vinden aangezien het misdrijf zich heeft voorgedaan op volle zee, een gebied buiten de nationale rechtsmacht.

Deze laatste omstandigheid levert ook problemen op wat het toepasselijk recht betreft, aangezien in afwezigheid van een grondgebied de *lex loci delicti* bezwaarlijk kan gelden. Op basis van het maritieme recht wordt in dergelijke gevallen doorgaans de *lex fori* toegepast, dit is het eigen recht van de rechter.⁹² Amerikaanse rechtbanken passen ook wel eens het recht toe van de Staat die de meest betekenisvolle band heeft met het incident,⁹³ of zelfs internationaal publiekrecht voor zover het gaat om schendingen van 'sufficiently definite norms of international law'.⁹⁴ Zoals eerder aangegeven staan praktische bezwaren de toegang van het slachtoffer tot de normaal bevoegde rechtbanken echter vaak in de weg, waardoor de kwestie van toepasselijk recht in de praktijk slechts van secundair belang is.

Wat het civiel recht betreft kunnen we besluiten dat er een *accountability*-vacuüm bestaat, met name omdat het slachtoffer praktisch gezien moeilijk toegang tot een rechter zal hebben. Een dergelijk *accountability*-probleem kan ook rijzen in strafrechtelijke procedures, waar het slachtoffer essentieel afhankelijk is van de bereidheid van het openbaar ministerie om de strafprocedure op te starten (opportuniteitsbeginsel). Er zijn niettemin, althans theoretisch gezien, meerdere rechtsmachtgronden waar rechters en aanklagers zich op kunnen baseren om hun jurisdictie vast te stellen. Deze veelheid van potentiële rechtsmachtclaims over anti-piraterij-incidenten kan tot een internationaal conflict leiden. Het *Enrica Lexie* incident kan hier tot voorbeeld strekken. Op 15 februari 2012 werden twee Indische vissers gedood door schoten van een anti-piraterij-VPD bestaande uit Italiaanse mariniers aan boord van de olietanker 'Enrica Lexie'. Het Italiaanse schip werd door de Indische kustwacht naar een Indische haven gesommeerd, waar de mariniers werden

16/01/2001 blz. 0001 – 0023. Zie voor een algemeen overzicht over internationaal privaatrecht en PSC-activiteiten (op land): Atteritano (2011).

91 Zie *R v Anderson* (1868) 11 Cox Crim Cases 198 (Court of Criminal Appeal, England).

92 Zie voor Engeland: *Submarine Telegraph Company v. Dickson*, (1864) 143 ER 983 (Court of Common Pleas); Verenigde Staten: *Oceanic Steam Navigation Co Ltd v. Mellor*, 233 US 718 (1913) (Supreme Court of the United States); U.S. *Restatement First of Conflict of Law*, at s 410(b) ('Liability for an alleged tort caused by collision on the high seas ... is governed, ...; (b) by the law of the forum if the laws of the States whose flags the vessels fly are not the same.');

Frankrijk: *Ministère d'Etat v Starr*, Dec 1970, JCP 71; Canada: *Parker v Commonwealth* (1965) 112 CLR 295 at 306–307.

93 *Lauritzen v Larsen*, 345 US 571; 1953 AMC 1211 (1953).

94 De Alien Tort Statute (28 U.S.C. para. 1350) voorziet immers civiele rechtsmacht voor federale rechtbanken voor schendingen van 'the law of nations'. Zie voor de normen die aanleiding kunnen geven tot uitoefening van deze rechtsmacht: *Sosa v Alvarez Machain*, 452 U.S. 692 (2004). Bemerkt dat in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013), het Amerikaanse Hooggerechtshof de uitoefening van rechtsmacht beperkte tot zaken die 'touch and concern the United States'.

gearresteerd op verdenking van moord. Zowel India als Italië claimen rechtsmacht over dit incident: India op basis van het passief personaliteitsbeginsel (Indiase nationaliteit van de slachtoffers), en Italië op basis van het actief personaliteitsbeginsel (Italiaanse nationaliteit van de vermeende daders). Deze beginselen zijn beide legitiem, en het ene geniet internationaalrechtelijk geen voorrang boven het andere.⁹⁵ In deze zaak spelen overigens ook vragen van immuniteit een rol spelen, aangezien een VPD bestaat uit overheidsfunctionarissen die in beginsel voor rekening van de Staat handelen en dus staatsimmuniteit genieten voor de rechtbanken van vreemde Staten.⁹⁶

De onderworpenheid van een PSC aan meervoudige regulering leidt bovendien niet enkel tot rechtsmachtconflicten; zij bevordert evenmin de rechtszekerheid. Staten kunnen immers verschillende wijzen van interpretatie hebben als het aankomt op de definitie van zelfverdediging. Waar een PSC normaal slechts geweld kan gebruiken om zich te verdedigen tegen een aanval door piraten,⁹⁷ is het maar de vraag of PSCs dit zelfverdedigingsrecht *preventief* kunnen gebruiken wanneer een piratenskip een schip nadert en de PSC hieruit een intentie van piraterij afleidt. Kan de PSC in dit geval niet-dodelijk geweld gebruiken, zoals het schieten voor de boeg of door het motorblok?⁹⁸

5 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

De keuze om private beveiligers aan boord van koopvaardij schepen in te zetten om een bij uitstek publieke taak te vervullen – geweld gebruiken, een traditioneel monopolie van de staat – is in de eerste plaats een politieke, ideologische, of economische keuze. Zodra deze keuze gemaakt is, rijst echter een groot aantal juridische vragen, die alle verband houden met de centrale kwestie of de Staat bij het uitbesteden van publieke taken aan private beveiligers ook zijn verantwoordelijkheid uitbestedt. Het internationaal recht van de staatsaansprakelijkheid bepaalt dat in dergelijke gevallen Staten inderdaad onder omstandigheden aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de handelingen van private actoren, of althans voor het falen om het gedrag van private actoren te reguleren. Om aan aansprakelijkheid te ontsnappen zal de Staat dan een kader van regulering en toezicht dienen te ontwerpen, waarbij hij intervenueert in de contractsvrijheid van private partijen (reder en PSC), en een forum biedt dat geschillen met betrekking tot onrechtmatig handelen van deze partijen beslecht.

95 Een reden om het proces in India te laten verlopen kan zijn de genoegdoening voor de families voor de slachtoffers met betrekking tot het principe van een eerlijk proces, maar anderzijds kunnen de families van de mariniers hun geliefden moeilijk opzoeken in een Indiase gevangenis: Sankar (2013).

96 Voetelink en Fink (2012), p. 2286.

97 Zie voor Nederland: art. 41 Sr (noodweer).

98 Rapport Clingendael (2013), p. 25.

*PRIVATE BEVEILIGING IN DE STRIJD TEGEN DE PIRATERIJ: EEN ONDERZOEK NAAR DE
AANSPRAKELIJKHEID VAN PRIVATE BEVEILIGERS EN VAN DE STAAT*

Het is echter niet geheel duidelijk of het internationaal recht Staten werkelijk verplicht PSC-activiteit te reguleren. Het lijkt er weliswaar op dat Staten een positieve verplichting hebben om de schendingen van de mensenrechten gepleegd door één private partij (PSC) jegens een andere (piraat/visser/andere derde) te voorkomen en te beteugelen. Het is echter twijfelachtig of die laatste partij *überhaupt* binnen de mensenrechtelijke rechtsmacht van de Staat valt, aangezien zij zich in een gebied buiten nationale rechtsmacht bevindt en schade lijdt als gevolg van een handeling van een private actor waarover de Staat geen of weinig controle uitoefent. Niettemin, zelfs al zou de internationale aansprakelijkheid van de Staat niet in het gedrang komen indien hij nalaat regelgeving uit te vaardigen af te dwingen, is het raadzaam dat de Staat toch in zekere mate ingrijpt, vooral omdat de inzet van PSCs gepaard gaat met het erg risicovolle potentiële gebruik van geweld. Heel wat Staten, zoals het Verenigd Koninkrijk en België, hebben daarom bepaald dat in uitzonderlijke omstandigheden, wanneer statelijke bescherming het risico op piraterij-aanvallen niet significant doet dalen, PSCs kunnen worden ingezet, zij het onder strikte voorwaarden. Welk systeem van regelgeving en toezicht het best werkt, valt nog af te wachten, aangezien de bestaande systemen nog maar pas zijn ingevoerd. De Nederlandse overheid doet er goed aan de implementatie en evaluatie daarvan nauwgezet te volgen, alvorens een weloverwogen beslissing te nemen om PSCs al dan niet toe te laten aan boord van Nederlandse koopvaardij schepen.

LITERATUUR

Atteritano 2011

A. Atteritano, *Liability in Tort of Private Military and Security Companies: Jurisdictional Issues and Applicable Law*, Oxford: Oxford UP (2011)

Rapport AIV 2011

Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV), 'Piraterijbestrijding op zee – Een herijking van publieke en private verantwoordelijkheden' (2011) (Rapport AIV 2011), beschikbaar op www.aiv-advies.nl

Augenstein 2011

D. Augenstein, 'State responsibilities to regulate and adjudicate corporate activities under the European Convention of Human Rights', Submission to the Special Representative of the United Nations Secretary-General (SRSG) on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, april 2011, via https://www.academia.edu/1366098/State_Responsibilities_to_Regulate_and_Adjudicate_Corporate_Activities_under_the_European_Convention_on_Human_Rights (laatst bezocht 21 april 2014)

Bodini 2011

S.P. Bodini, 'Fighting Maritime Piracy under the European Convention of Human Rights', 22 *European Journal of International Law* 3 (2011)

Brownlie 2008

I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 2008 (7th Ed.), Oxford: Oxford UP

Chevalier-Watts 2010

J. Chevalier-Watts, 'Effective Investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: Securing a Right to Life or an Onerous Burden on the State?', 21 *European Journal of International Law* 3 (2010)

Rapport Clingendael 2013

Clingendael, B. Van Ginkel, F.-P. Van Der Putten en W. Molenaar 'State or Private Protection against Maritime Piracy? – A Dutch Perspective', Netherlands Institute of International Relations Clingendael (2013) (Rapport Clingendael 2013), beschikbaar op www.clingendael.nl

Grossman, Cearley & Cole 2006

P.Z. Grossman, R.W. Cearley & D.H. Cole, 'Uncertainty, insurance and the Learned Hand formula', 5 *Law, Probability and Risk* (2006/1)

Guilfoyle 2012

D. Guilfoyle, 'Shooting fishermen mistaken for pirates: jurisdiction, immunity and State responsibility' *EJIL:Talk!* 2 maart 2012, via <http://www.ejiltalk.org/shooting-fishermen-mistaken-for-pirates-jurisdiction-immunity-and-state-responsibility/> (laatst bezocht op 21 april 2014)

Lenzerini 2011

F. Lenzerini, 'The Role of Human Rights in the Regulation of Private Military and Security Companies', in F. Francioni en N. Ronzitti (eds.), *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, 2011: Oxford, Oxford UP

Liss 2009

C. Liss, 'Privatisering van zeeroof', 35 *Justitiële Verkenningen* 63 (2009)

Milanovic 2011

M. Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, 2011, Oxford: Oxford UP

*PRIVATE BEVEILIGING IN DE STRIJD TEGEN DE PIRATERIJ: EEN ONDERZOEK NAAR DE
AANSPRAKELIJKHEID VAN PRIVATE BEVEILIGERS EN VAN DE STAAT*

Milanovic 2012

M. Milanovic, 'Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg', 23 *European Journal of International Law* 1 (2012)

Moloto 2009

B.J. Moloto, 'Command Responsibility in International Criminal Tribunals', 3 *Berkeley Journal of International Law Publicist* 12 (2009)

Montreux Document

Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict, ICRC/Zwitserse regering, 2008

Sankar 2013

H. Sankar, 'Jurisdictional and Immunity Issues in the Story of Enrica Lexie: A Case of Shoot & Scoot turns around!', *EJIL:Talk!*, 25 maart 2013

Tonkin 2011

H. Tonkin, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflict*, 2011: Cambridge, Cambridge UP

Voetelink & Fink 2012

J. Voetelink en M.D. Fink, 'Het Enrica Lexie-incident. Rechtsmacht over Militaire Vessel Protection Detachments (VPD's)', *Nederlandse Jurisprudentie*, 28 september 2012, afl. 33

Voetelink 2013

J. Voetelink, *Militair operationeel recht*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk (2013)

‘PRIVATE SECURITY COMPANIES’ (PSCs) AAN BOORD! REACTIE OP DE BIJDRAGE VAN ROORDA, RYNGAERT EN STRATEN

*Antenor Hallo de Wolf**

1 INLEIDING

De bijdrage van Roorda, Ryngaert, en Straten inzake het privatiseren van de beveiliging in de scheepvaart roept de nodige juridische vragen op. Het einde van de Koude Oorlog en vervolgens de noodzaak om te bezuinigen op militaire uitgaven vormde voor meerdere landen aanleiding hun troepenmacht in te krimpen. Dat had ongewenste gevolgen voor de algemene ordehandhavende vermogens van (vooral westerse) landen. Gewezen militairen, die zochten naar een alternatieve broodwinning, zagen hierin een kans. Zij stichtten bedrijven die op commerciële basis militaire en beveiligingstaken aanboden op een beweerdelijk efficiëntere wijze en tegen lagere tarieven.¹ Hierbij gaat het voornamelijk om logistieke taken zoals het bouwen van kazernes, het voorbereiden van maaltijden, het onderhouden en repareren van apparatuur en wapentuig, alsmede specifiekere taken zoals het trainen van soldaten, en het bewaken van gebouwen, strategische installaties en personen.² In de Verenigde Staten contracteert het Department of Defense al meerdere jaren diverse bedrijven die deze taken uitvoeren.³

Hoewel het accent vaak wordt gelegd op het delegeren van hoofdzakelijk ondersteunende en logistieke taken, bestaat ook een tendens om in bepaalde situaties taken uit te besteden waarbij gebruik van geweld een reële mogelijkheid is. Dit is bijvoorbeeld het geval geweest in landen zoals Sierra Leone en Papoea Nieuw Guinea. Omdat het de eigen legers van deze

* Universitair docent internationaal recht en onderzoeker, Rijksuniversiteit Groningen. Met dank aan Mentko Nap voor suggesties en het redigeren van de tekst.

1 Zie verder ook Hallo de Wolf 2011, p. 457–527.

2 De beveiliging van de voormalig Amerikaanse vertegenwoordiger in Irak, Paul Bremmer, was in handen van privé veiligheidsbedrijven. De Afghaanse leider Hamid Karzai heeft ook hier gebruik van gemaakt. Zie o.a. Renae Merle, ‘Security Firms Try To Evolve Beyond The Battlefield’ Washington Post, 17 januari 2006, <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/01/16/AR2006011601071.html>> laatst bezocht op 16 september 2014.

3 Voorbeelden van de diverse activiteiten die momenteel door deze bedrijven worden uitgevoerd kunnen worden gevonden op de website van DynCorp, een Amerikaans particulier militair en beveiligingsbedrijf. Zie <<http://www.dyn-intl.com/what-we-do/interactive-map/>>.

landen ontbrak aan voldoende capaciteit, expertise en ervaring waren zij genoodzaakt om voor offensieve operaties de diensten van particuliere militaire bedrijven in te huren. De toenmalige regering van Sierra Leone, bijvoorbeeld, huurde in 1995 het niet meer bestaande Zuid-Afrikaanse bedrijf Executive Outcomes voor offensieve taken in de strijd tegen het rebellenleger RUF.⁴ In 1996 deed de regering van Papoea Nieuw Guinea een beroep op de diensten van het inmiddels niet meer bestaande Britse bedrijf Sandline Inc. om een opstand op het eiland van Bougainville de kop in te drukken. Dit leidde tot groot ongenoegen bij het leger van Papoea dat op het laatste moment zijn regering dwong om het contract met Sandline op te zeggen.⁵ Daarnaast hebben landen zoals de VS ervoor gekozen om lichtere taken waarbij geweldgebruik geboden kan zijn (beveiliging van gebouwen in conflictgebieden, bescherming van politieke functionarissen, escorteren van konvooien, bewaking of ondervraging van (krijgs-) gevangenen en soms ondersteuning van de strijdkrachten in andere landen tegen guerrilla- en terroristische groeperingen)⁶ te delegeren aan deze bedrijven opdat het eigen leger zich kan concentreren op de zwaardere offensieve taken. Deze vorm van privatisering is meer omstreden temeer daar het geweldsmonopolie uit handen van de Staat aan privéactoren wordt overgedragen zonder dat er sprake is van duidelijke regulering. Het door Roorda, Ryngaert en Straten aangehaalde voorbeeld van het beruchte optreden van PSC Blackwater⁷ op Nisour Square in Bagdad is wellicht het meest in het oog springende voorbeeld van de (juridische) problemen die de inzet van deze bedrijven kunnen veroorzaken.

Gezien deze ontwikkelingen en de door de auteurs gekenschetste terugtrekkende overheid op het gebied van de beveiliging aan boord van de koopvaardij, wekt het nauwelijks verbazing dat de commerciële rederijen hun heil zoeken in het inzetten van PSCs op schepen die gevaarlijke routes moeten varen. Dat het gebrek aan duidelijke Nederlandse regulering terzake voor problemen van staatsaansprakelijkheid kan zorgen, is daarom terecht door de auteurs onderzocht. Hun bijdrage raakt de kern van het debat: bestaat er een internationaalrechtelijke verplichting om de activiteiten van PSCs ter bescherming van de zeevaart tegen bijvoorbeeld aanvallen van piraten te reguleren? Bij het beantwoorden van deze algemene vraag kijken de auteurs ook op grondige wijze naar de praktijk van een tweetal landen die reeds een regelgevend kader hebben opgesteld waarin rekening wordt gehouden met de activiteiten van PSCs in de scheepvaart. Vanwege hun degelijke analyse zal mijn reactie zich beperken tot het bespreken van sommige algemene uitdagingen die de aanspra-

4 Zie Howe 1998, p. 307–381.

5 Zie McCormack 1998, p. 292.

6 De VS hebben werknemers van MPRI ingezet in Colombia in de strijd tegen subversive guerrilla strijders en drugsbaronnen. Singer 2003, p. 207–208.

7 Inmiddels heeft dit PSC zijn naam meermaals veranderd: Kort na de omstreden acties in Nisour Square, werd Blackwater omgedoopt in Xe Services. Tegenwoordig blijft het bedrijf actief onder de naam Academi.

kelijkheid van PSCs en de aspecten van extraterritorialiteit met zich meebrengen. Ik zal verder een paar regulerende alternatieven onder de loep nemen die wellicht een beperkte oplossing kunnen bieden voor de mogelijke problemen die kleven aan de inzet van PSCs in de koopvaardij.

2 DE (EXTRATERRITORIALE) AANSPRAKELIJKHEID VOOR HET GEBRUIK VAN PSCs

Geconfronteerd met de toenemende privatisering in verscheidene landen hebben verscheidene mensenrechtelijke toezichthouders geconcludeerd dat het uitbesteden van publieke taken aan niet-statelijke actoren niet leidt tot het afschudden van de juridische verplichtingen van die staten.⁸ Zo heeft het VN Mensenrechtencomité in het kader van detentie in een geprivatiseerde gevangenis in Australië gesteld dat:

‘[...] the contracting out to the private commercial sector of core State activities which involve the use of force and the detention of persons does not absolve a State party of its obligations under the Covenant, notably under articles 7 and 10 [IVBPR][.]’⁹

Dit is ondermeer bevestigd door de voormalige VN Speciale Vertegenwoordiger inzake Mensenrechten en Transnationale Bedrijven, John Ruggie, die in de mede door hem ontworpen en inmiddels aanvaarde ‘Guiding Principles on Business and Human Rights’ aangeeft dat:

‘States should exercise adequate oversight in order to meet their international human rights obligations when they contract with, or legislate for, business enterprises to provide services that may impact upon the enjoyment of human rights.’¹⁰

Hoewel dit document wellicht de status heeft van ‘soft law’, geeft het wel weer wat de huidige stand is van het recht met betrekking tot de verplichtingen van staten in relatie tot de

⁸ Zie Hallo de Wolf 2011, p. 454–455.

⁹ *Cabal and Pasini Bertran v. Australia*, Communication No. 1020/2001, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/1020/2001 (2003).

¹⁰ Zie Ruggie 2011. In zijn toelichting op dit beginsel geeft Ruggie aan dat ‘States do not relinquish their international human rights law obligations when they privatize the delivery of services that may impact upon the enjoyment of human rights.’ *Ibid.*, p. 10.

activiteiten van bedrijven zoals PSCs.¹¹ Verder is het tegenwoordig aanvaard, zoals de auteurs hebben opgemerkt, dat het gedrag van niet-statelijke actoren die op grond van de wet ‘elements of governmental authority’ uitoefenen, toegerekend wordt aan de staat die deze ‘elements’ heeft overgedragen aan die actoren.¹² Aannemelijk lijkt dat politionele, militaire en ordehandhavende activiteiten tot deze ‘elements’ behoren.¹³ Voor zover PSCs met zulke taken zijn belast, staat staatsaansprakelijkheid voor het gedrag van deze bedrijven buiten kijf. Roorda, Ryngaert en Straten lijken te suggereren dat het bieden van particuliere scheepsbeveiliging misschien niet een publieke taak is. Wellicht komen ze tot dat standpunt omdat de beveiliging op contractsbasis is en slechts de belangen van particulieren (de reder en bemanning) dient. De praktijk en jurisprudentie zijn niet helemaal eenduidig hierover. De gangbare Nederlandse praktijk is dat de beveiliging van particuliere schepen plaatsvindt middels de inzet van militair personeel (de zogenaamde Vessel Protection Detachments, VPD’s) dat bevoegd is om een publieke taak uit te oefenen. Wanneer voor diezelfde taak PSCs zouden worden ingezet zou er geen twijfel moeten zijn over de aansprakelijkheid van de Nederlandse staat. Sterker nog, de Minister van Defensie heeft gesteld dat de ‘[...] zorg voor een voldoende mate van veiligheid van zijn onderdanen een kerntaak van de staat is.’¹⁴ De Minister geeft vervolgens aan dat het aan Nederland zelf is te bepalen hoe dit precies moet gebeuren. Hierdoor laat zij de deur open voor de inzet van PSCs via zelfbeschermingsconstructies. Zij baseert zich daarbij op het advies van de commissie De Wijkerslooth (Kamerstuk 32 706, nr. 19). Tegelijkertijd heeft ze geschreven dat:

‘[...] moet gelden dat bij het toelaten van vormen van gewapende zelfbescherming de overheid door regulering en toezicht moet zorgen voor voldoende waarborgen. In de kabinetsreactie is toentertijd gesteld dat als met de militaire VPD-capaciteit niet in een toereikend niveau van bescherming kan worden voorzien, het kabinet een besluit neemt over het al dan niet mogelijk maken van particuliere maritieme beveiligers.’¹⁵

Met andere woorden, er is hier toch mogelijk sprake van een publieke taak die, wanneer deze ter uitvoering van een publiekrechtelijke verplichting wordt uitgeoefend door parti-

11 Het moet opgemerkt worden dat de Ruggie Principles niet beogen juridische verplichtingen op het gebied van mensenrechten te leggen op bedrijven. Gezien het huidige stand van het recht is dit momenteel niet mogelijk.

12 Zie artikel 5 van de ILC artikelen inzake ‘Responsibility of a State for its internationally wrongful acts’ (2001). Voor een verdere bespreking van artikel 5 in het kader van privatisering zie Hallo de Wolf 2011, p. 206–223.

13 Zie ook de bespreking van artikel 5 door de rapporteur van de ILC, James Crawford, voor de artikelen inzake ‘Responsibility of a State for its internationally wrongful acts’ in ‘Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001,’ UN Doc. A/56/10 (2001).

14 Zie Lijst van vragen en antwoorden, Beveiliging zeevaartroutes tegen piraterij, *Kamerstukken II*, 2013–2014, 32 706, nr. 65, p. 5.

15 *Ibid.*, p. 6.

culieren, kan leiden tot aansprakelijk van de staat conform de toerekeningsconstructie van artikel 5 van de ILC-artikelen inzake staatsaansprakelijkheid.

Wellicht kan in dit verband lering worden getrokken uit de ervaringen in het VK. Daar heeft men ervoor gekozen om de problemen rond mogelijke schendingen van het EVRM door particulieren die een publieke taak uitoefenen aan te pakken middels artikel 6, paras. 1 en 3 van de Human Rights Act 1998. Het tot publieke autoriteiten die publieke taken uitoefenen gerichte verbod om het EVRM te schenden geldt ook voor particulieren die publieke taken uitoefenen.¹⁶ In de praktijk zijn verschillende rechters niet consistent omgegaan met de vraag of bepaalde particuliere lichamen tot publieke autoriteiten konden worden gerekend.¹⁷ Tijdens de parlementaire behandeling van de Human Rights Act (en ook in latere discussies in het House of Lords en het House of Commons) was het evenwel duidelijk dat particulieren die belast werden met beveiliging en het beheren van gevangenen en andere politieke activiteiten wel onder de reikwijdte van deze bepaling vielen.¹⁸ Zodoende kan men spreken van quasi-publieke lichamen die rechtstreeks kunnen worden aangesproken voor schendingen van mensenrechten. Het valt misschien te overwegen om een vergelijkbare constructie in Nederland in te voeren om mogelijke mazen in de bescherming van mensenrechten die zijn ontstaan door het privatiseren van publieke taken of door de terugtrekkende overheid, te dichten.

Door de drie auteurs wordt ook het probleem besproken van de mogelijke extraterritoriale werking van mensenrechtenverplichtingen op de handelingen van PSCs die op Nederlandse schepen opereren. Dit is een erg complexe discussie. Gezien de beperkte ruimte zal ik hier slechts een paar woorden aan wijden. Zoals terecht door Roorda, Ryngaert en Straten wordt opgemerkt, is het twijfelachtig of PSCs kunnen worden aangemerkt als staatsorganen die als zodanig mensenrechtenverplichtingen dragen voor hun optreden buiten het grondgebied van de staat maar wel binnen diens rechtsmacht. Dit zou alleen mogelijk kunnen zijn indien men een kader aanneemt zoals in het VK (zie boven). Anderzijds is, gezien het feit dat het optreden van PSCs op schepen die door piraten worden geënterd waarschijnlijk zal worden gepresenteerd als een vorm van zelfbescherming, de vraag inzake de extraterritoriale werking van mensenrechten wellicht de verkeerde vraag. De auteurs

16 Artikel 6 (1) van de Human Rights Act luidt 'It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right.' Vervolgens definieert artikel 6 (3) en (5) wat een 'public authority' is: 'In this section 'public authority' includes- [...] (b) any person certain of whose functions are functions of a public nature[.] [...] In relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)(b) if the nature of the act is private.'

17 Zie Hallo de Wolf 2011, p. 278–303.

18 Zie voor een bespreking 'The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act,' House of Lords, House of Commons, Joint Committee on Human Rights, Seventh Report of Session 2003 – 2004, HL Paper 39, HC 382.

merken hierbij op dat conform het zeerecht de staat de volledige (burger- of strafrechtelijke) rechtsmacht kan hebben over gebeurtenissen die op een schip plaatsvinden dat vaart onder de vlag van die staat. Hier is eerder aan de orde de vraag in hoeverre de staat traditionele rechtsmacht¹⁹ kan uitoefenen over mogelijke mensenrechtenschendingen die door PSCs aan boord van het schip zijn gepleegd. Beslissend is dus niet zozeer of de staat directe mensenrechtenverplichtingen heeft op gebieden buiten zijn grondgebied, maar, zoals de auteurs ook later aangeven, of de staat zijn positieve verplichtingen kan uitvoeren. Zonder te suggereren dat schepen tot het grondgebied van staten kunnen worden gerekend (dit is onder het Zeerechtverdrag uit 1982 niet mogelijk), is het wel mogelijk conform het Nederlands strafrecht om eenieder te vervolgen die aan boord van een onder de Nederlandse vlag varend schip zich schuldig maakt aan enig strafbaar feit.²⁰ Hier rijst de vraag of schendingen van mensenrechten wel tot enige strafbare feiten kunnen worden gerekend. Het lijkt mij dat mishandelingen die in de buurt komen van wat men in het internationaal recht als foltering kan bestempelen (maar dan niet door staatsorganen gepleegd, zie artikel 1 van het VN Verdrag tegen Foltering) wel hieronder vallen. Hetzelfde geldt voor gedragingen die tot de dood van een mens leiden of die gelijk gesteld kunnen worden aan onrechtmatige vrijheidsberoving. Het is aannemelijk dat PSCs in de koopvaardij het meest met dit soort situaties in aanraking zullen komen. Derhalve lijkt het mij niet echt nodig om de complexe discussie inzake de extraterritoriale werking van mensenrechtenverplichtingen in deze context aan de orde te stellen. De discussie kan dan eerder worden gehouden rondom de positieve verplichtingen van de staat zoals de auteurs ook later suggereren.

3 REGULERING EN MOGELIJKE ALTERNATIEVEN?

Tot de positieve verplichtingen van de staat hoort ook het nemen van maatregelen ter regulering van het gedrag van particulieren die publieke taken uitvoeren. Dit is door verschillende mensenrechtelijke toezichthouders beaamd. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Storck v. Duitsland* opgemerkt dat de Staat een zorgplicht heeft om particuliere psychiatrische inrichtingen die vergelijkbare taken verrichten als publieke inrichtingen te reguleren, zeker als het gaat om patiënten die voor hun behandeling van hun vrijheid worden beroofd.²¹ Het Hof constateerde dat de staat nog steeds een verplichting heeft om toezicht en controle op de particuliere psychiatrische instellingen uit te oefenen, zelfs ten aanzien van personen die daarin niet op grond van

19 In de zin van het gezag dat een Staat heeft om regelgeving uit te vaardigen, deze te handhaven en af te dwingen, alsmede conflicten inzake deze regelgeving aan een beslechtsmechanisme te onderwerpen.

20 Zie artikel 3 Wetboek van Strafrecht.

21 *Storck v. Germany*, Judgment of 16 June 2005, ECtHR, Reports of Judgments and Decisions 2005-V, para. 103.

een besluit van een overheidsinstantie worden vastgehouden.²² Dit kan onder meer betekenen dat deze particuliere instellingen de nodige vergunningen en licenties dienen aan te vragen om in bedrijf te zijn, alsook dat hun activiteiten onderworpen worden aan andere vormen van regelmatig toezicht.²³ Belangrijker nog is dat deze regulering ook rechterlijk toezicht op de beslissingen van particuliere lichamen belast met publieke taken kan inhouden. In het geval van psychiatrische instellingen kan vereist zijn dat zij te maken krijgen met toezichtsorganen die zijn '[...] created to inspect psychiatric institutions, to check whether the rights of patients were being respected and to give patients the opportunity to raise complaints'.²⁴ Niet-naleving van deze verplichting kan leiden tot een inbreuk op de '[...] existing positive obligation to protect the applicant against interferences with her liberty by private persons'.²⁵

Het Inter-Amerikaans Hof voor de Rechten van de Mens (IAHRM) heeft eveneens geconcludeerd dat particuliere instellingen die een publieke taak uitvoeren ook aan regulering van hun activiteiten onderworpen dienen te worden.²⁶ Een gebrek aan regulering van particuliere activiteiten kan volgens het IAHRM leiden tot de internationaalrechtelijke aansprakelijkheid van de staat.²⁷ Voorbeelden van maatregelen die door de staat kunnen worden aangenomen in het geval van particuliere instellingen die publieke taken uitvoeren, zijn de oprichting van een passend mechanisme voor het uitvoeren van inspecties bij particuliere instellingen, het mogelijk maken van het indienen, onderzoeken en het oplossen van klachten, alsmede het nemen van gepaste disciplinaire of gerechtelijke acties met betrekking tot de overtreding van beroepsregels of de schending van de rechten van personen die onder toezicht staan van particuliere instellingen.²⁸ Deze visie op reguleren is van een institutioneel en procedureel karakter (het regelen van procedures en aanstellen van instellingen die ook regels kunnen opleggen aan de objecten van regulering om hun gedrag aan te passen).²⁹ Deze argumenten kunnen naar analogie ook worden ingebracht ten opzichte van PSCs die piraten aan boord van schepen vasthouden (zie verder beneden).

Er zijn ook pogingen om rechtstreeks de activiteiten van PSCs te reguleren door staten of door de bedrijven zelf (zelfregulering).³⁰ De auteurs verwijzen en passant naar het Montreux

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, para. 106.

²⁴ *Ibid.*, para. 107.

²⁵ *Ibid.*, para. 108.

²⁶ *Case of Ximenes-Lopes v. Brazil*, Judgment of 4 July 2006 (Merits, Reparations and Costs), IACtHR, Series C No. 149.

²⁷ *Ibid.*, para. 90.

²⁸ *Ibid.*, para. 99.

²⁹ Zie in het algemeen Hallo de Wolf 2013.

³⁰ Hallo de Wolf 2011, p. 483–495. Voor een diepgaande bespreking op deze initiatieven zie Seiberth 2014. In het kader van zelf-regulering is op initiatief van een aantal PSC's een International Code of Conduct for

Document on Private Military and Security Companies dat na consultaties met *civil society* organisaties en PSCs onder leiding van de Zwitserse regering en het Rode Kruis is opgesteld.³¹ Op VN-niveau heeft de *VN Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination* gesuggereerd dat de staten die gebruik maken van de diensten van PSCs of hun diensten exporteren of importeren, wetgeving dienen aan te nemen en regulerende mechanismen moeten opzetten om hun activiteiten te controleren en te bewaken.³² Dit kan onder meer een systeem van registratie en licentieverstreking inhouden dat de activiteiten van deze bedrijven toestaat en ook mogelijk maakt om hen te sanctioneren voor het niet naleven van deze regels, met als doel het waken tegen belemmeringen of schendingen van mensenrechten door deze bedrijven in de landen waar zij werkzaam zijn. In een verdere poging om de activiteiten van PSCs te reguleren is de Working Group betrokken geweest bij het opstellen van een ontwerp-verdrag over het gebruik van PSCs dat deze bedrijven aan een licentie- en regulerend kader onder toezicht van een VN-orgaan zou stellen.³³ Dit initiatief, hoewel lovenswaardig, zal waarschijnlijk niet tot vruchtbare resultaten leiden gezien de weerstand van de meest invloedrijke landen die deze PSCs zelf gebruiken of exporteren (onder andere de VS, het VK en Australië). Deze landen zien meer heil in nationale regelgeving (zoals het VK reeds heeft gedaan) en zelfregulering door de bedrijven. Bovendien zullen deze landen hoogstwaarschijnlijk tegen een verdere uitbreiding van het systeem van toezicht op de VN-mensenrechten zijn. Het aannemen van nog een verdrag met bijbehorend toezichtsmechanisme legt natuurlijk dit systeem onder verdere budgettaire en bureaucratische druk. Zeker Australië en de VS zijn fel gekant tegen het aannemen van nieuwe mensenrechteninstrumenten en proberen aanname daarvan te blokkeren. Het liefst zouden deze landen zien dat bestaande mechanismen worden gebruikt om eventuele problemen op te lossen aangaande het gebruik van PSCs. Natuurlijk is dit vanuit een mensenrechtenperspectief niet ideaal. Het staat-georiënteerde karakter van het systeem waardoor er geen sprake is van een zuivere horizontale werking van mensenrechten maakt

Private Security Service Providers dat inmiddels 708 deelnemende bedrijven omvat. Het poogt om de regels waaraan deze bedrijven zich dienen te houden te verhelderen aan de hand van beste praktijken en is gebaseerd op internationale mensenrechten verdragen en de regels van internationaal humanitair recht. Zie <http://www.icoc-psp.org/About_ICoC.html>.

- 31 Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States related to Operations of Private Military and Security Companies during Armed Conflict, ICRC/Zwitserse regering, 2008, raadpleegbaar op <<https://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/montreux-document-170908.htm>>.
- 32 Zie *Promotion and Protection of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, Report of the UN Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination*, UN Doc. A/HRC/7/7, 9 January 2008, p. 26.
- 33 Zie Draft International Convention on the Regulation, Oversight and Monitoring of Private Military and Security Companies, 13 July 2009, <<http://mgimo.ru/files/121626/draft.pdf>> (bezocht op 15 september 2014).

dit moeilijk, zeker omdat ook geen mogelijkheid bestaat om klachten bij de toezichtorganen in te dienen tegen handelingen van particulieren zoals PSCs.

Een klein lichtpuntje in dit opzicht is de mogelijkheid die het Facultatief Protocol bij het VN Verdrag tegen Foltering (OPCAT) biedt. Dat protocol sluit enigszins aan bij de visie op regulering die het EHRM en het IAHRM hebben gegeven. Het OPCAT³⁴ schept een tweedelig systeem om proactief foltering en andere onmenselijke en ontterende handelingen of bestraffingen te voorkomen in plaatsen waar mensen van hun vrijheid worden beroofd. Dit gebeurt door twee verplichte instellingen die (onaangekondigde) bezoeken leggen aan deze plekken: een internationaal toezichtcomité dat bestaat uit 25 onafhankelijke experts uit meerdere disciplines (het VN Subcomité ter Preventie van Foltering – SPT); alsmede een of meerdere door staten verplicht in te stellen ‘nationaal preventief mechanisme(s)’ (NPM) dat eveneens uit onafhankelijke leden moet bestaan.³⁵ De toevoeging van een verplicht nationaal mechanisme dat bezoeken aflegt aan detentiecentra zonder voorgaande toestemming van de staat is één van de meest innovatieve aspecten van het OPCAT. Deze figuur maakt dit verdrag tot één van de meest indringende, praktische en effectieve gereedschappen om naleving van mensenrechtenverplichtingen af te dwingen (in dit geval de verplichting om foltering en andere onmenselijke behandelingen te voorkomen conform Artikel 2 (1) en 16 van het VN Verdrag tegen Foltering – CAT).³⁶ Onder het OPCAT hebben beide organen de bevoegdheid om plaatsen te bezoeken waar mensen vast zitten. Artikel 4 van het OPCAT geeft een brede definitie over wat men onder deze plaatsen moet verstaan en wat vrijheidsberoving betekent.³⁷ Voor de huidige discussie is Artikel 4 (2) van belang. Hier wordt aangegeven dat vrijheidsberoving ‘[...] elke vorm van detentie of gevangenschap of het plaatsen van een persoon in een publieke of *private inrichting* die deze persoon niet naar believen kan verlaten op last van een gerechtelijke, bestuursrechte-

34 Het Facultatief Protocol trad in 2006 in werking en Nederland is sinds 2010 partij.

35 Voor een diepgaandere discussie inzake het OPCAT en het functioneren van de SPT en NPM's zie Murray e.a. 2011. In de praktijk is het SPT te vergelijken met het Europees Comité ter Voorkoming van Foltering (ECPT), maar dan met een wereld mandaat. Met betrekking tot NPM's is het interessant om op te merken dat landen vrij zijn om te kiezen hoeveel NPM's zij willen aanstellen en in welke vorm zij kunnen worden gegoten: tot nu toe hebben staten meestal gekozen om bestaande inspecties, nationale mensenrechten instituten of ombudsmannen aan te stellen als NPM. Een kleine groep staten heeft ervoor gekozen om compleet nieuwe mechanismen in het leven te roepen die enkel als NPM dienen. Zie voor een overzicht hierover het boek van Murray e.a. 2011, alsmede de website van het SPT op <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/OPCAT/Pages/NationalPreventiveMechanisms.aspx>>. Nederland heeft gekozen om vijf reeds bestaande instanties aan te stellen als NPM: de Inspectie voor de Gezondheidszorg, de Inspectie voor de Jeugdzorg, Commissie Integraal Toezicht Terugkeer, de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming, en de Inspectie voor Veiligheid en Justitie (als coördinator van de activiteiten van de andere NPM's).

36 Zie ook Hallo de Wolf 2009, p. 77.

37 Artikel 4 (1) spreekt over ‘elke plaats onder zijn rechtsmacht en invloedssfeer waar personen gedetineerd worden of kunnen worden, hetzij uit hoofde van een bevel of op aanstichten van het openbaar gezag of met zijn instemming of berusting (hierna te noemen plaatsen van detentie).’

lijke of andere autoriteit[.]’ inhoudt (mijn curs., *AHdW*). Het moge duidelijk zijn dat vrijheidsberoving door PSCs (ook op particuliere schepen) hieronder kan vallen, zeker als we de argumenten van Roorda, Ryngaert en Straten overnemen: dat de scheepskapitein, als *master of the ship*, primair verantwoordelijk is voor de wetshandhaving aan boord van het schip, en dat derhalve detentie van piraten op het schip door hem kan worden bevolen of goedgekeurd. Het SPT, mede gebaseerd op de *travaux préparatoires* van het OPCAT is tot de conclusie gekomen dat de preventieve bezoeken van het SPT en de NPM’s ook betrekking moeten hebben op mobiele eenheden waar gedetineerden worden vervoerd. Dit kan dus ook inhouden dat NPM’s preventieve bezoeken kunnen leggen aan particuliere schepen waar mensen van hun vrijheid worden beroofd door toedoen van PSCs. Daarnaast kan worden opgemerkt dat naast dit soort institutionele en procedurele regulering, NPM’s ook bevoegd zijn om aanbevelingen te geven aan degenen die verantwoordelijk zijn voor deze detentieplaatsen en substantiële regels kunnen opstellen of suggereren³⁸ die het toezicht op de handelingen van PSCs potentieel kunnen versterken. Helemaal ideaal is dit niet, gezien de potentiële logistieke belemmeringen aan effectief toezicht op detentie aan boord van schepen. Zo kan men zich afvragen of een NPM-vertegenwoordiger constant aan boord moet zijn, of hoe de NPM een onaangekondigd bezoek kan afleggen op schepen die ergens op de volle zee varen. Dit zijn evenwel praktische vragen waarvoor wel oplossingen zijn te bedenken. De meerwaarde die zo’n NPM kan bieden ten opzichte van het effectief beschermen van de rechten van mensen die in aanraking komen met PSCs mag niet worden onderschat.

4 SLOTOPMERKINGEN

De bijdrage van Roorda, Ryngaert en Straten en bovenstaande paragrafen illustreren dat de privatisering van taken die het gebruik van geweld inhouden, voor meerdere problemen kan zorgen. Als de staat denkt hierdoor het overheidsapparaat in te kunnen krimpen en kosten te kunnen besparen, zal zij wellicht bedrogen uitkomen. Niet alleen zorgt regulering voor een uitbreiding van de omvang van de overheid, aan het instellen en effectief laten functioneren van regulerende instanties die de positieve verplichtingen van de staat realiseren hangt ook een prijskaart. Wellicht is een volledige terugtred van de overheid met betrekking tot de bescherming van schepen niet altijd de beste oplossing?

³⁸ Zie artikel 19 OPCAT.

LITERATUUR

Hallo de Wolf 2009

A.G. Hallo de Wolf, 'Visits to Less Traditional Places of Detention: Challenges Under the OPCAT,' 6, *Essex Human rights Review* (2009)

Hallo de Wolf 2011

A. Hallo de Wolf, *Reconciling Privatization with Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2011

Hallo de Wolf 2013

A.G. Hallo de Wolf, 'Human Rights and the Regulation of Privatized Essential Services,' 60, *Netherlands International Law Review* (2013), p. 165–204

Howe 1998

H.M. Howe, 'Private Security Forces and African Stability: The Case of Executive Outcomes,' 36 *The Journal of Modern African Studies* (1998), p. 307–331

McCormack 1998

T. McCormack, 'The "Sandline Affair": Papua New Guinea Resorts to Mercenarism to end the Bougainville Conflict,' 1 *Yearbook of International Humanitarian Law*, (1998)

Murray e.a. 2011

R. Murray, E. Steinerte, M. Evans en A. Hallo de Wolf, *The Optional Protocol to the UN Convention Against Torture*, 2011, Oxford: Oxford University Press

Ruggie 2011

Report of the Special Representative of the Secretary- General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/17/31 (2011)

Seiberth 2014

C. Seiberth, *Private Military and Security Companies in International Law*, Antwerpen: Intersentia 2014

Singer 2003

Peter.W. Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, 2003, Itacha: Cornell University Press

CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VOOR (INTERNATIONAAL) MAATSCHAPPELIJK ONVERANTWOORD ONDERNEMEN

Verschuivende grenzen tussen publiek en privaat

*Liesbeth Enneking**

1 INLEIDING

Steeds vaker worden rechters in Westerse landen geconfronteerd met grensoverschrijdende procedures waarin internationaal opererende bedrijven civielrechtelijk aansprakelijk gesteld worden voor schade aangericht aan mens en milieu als gevolg van hun activiteiten in ontwikkelingslanden. Ook in Nederland heeft dit type procedures zijn intrede gedaan met de schadeclaims van Nigeriaanse boeren en Milieudefensie tegen Shell naar aanleiding van olielekages in de Nigeriaanse Nigerdelta.¹ Deze zogenoemde *foreign direct liability cases* exploreren de grenzen van de rol die het civiele aansprakelijkheidsrecht kan spelen in een globaliserende wereld waarin productieprocessen en -ketens in toenemende mate grensoverschrijdende aangelegenheden zijn en waarin de invloed van internationale bedrijven op de welstand van mens en milieu in de landen waarin zij opereren vaak veel groter is dan die van overheden. Zij laten zien hoe het civiele aansprakelijkheidsrecht ingezet kan worden door belanghebbenden (benadeelden en Ngo's) om de vele zelfreguleringsinitiatieven en soft law instrumenten op het gebied van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen een 'hard' randje te geven, dat wil zeggen om te zetten in juridisch afdwingbare verplichtingen.²

De tendens richting dit type aansprakelijkheidsprocedures stelt op een aantal fronten onze bestaande, traditionele ideeën over de scheiding tussen publiek en privaat ter discussie, een discussie die ingewikkelder (maar ook interessanter) wordt door de internationale (Noord-Zuid) context waarin zij zich afspelen. Allereerst laat ze duidelijk zien dat vooral

* Liesbeth Enneking is als universitair docent verbonden aan Ucall, het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* van de Universiteit Utrecht.

1 Zie, met verdere verwijzingen: Enneking 2013(1).

2 Zie, uitgebreid: Enneking 2012(1).

in deze context de verantwoordelijkheid voor de behartiging van mens en milieu gerelateerde belangen, in beginsel een publieke taak, steeds meer terechtkomt dan wel neergelegd wordt bij internationaal opererende ondernemingen. Daarnaast illustreert deze tendens dat er in deze context een groeiende bereidheid bestaat bij (potentiële) benadeelden en maatschappelijke belangenorganisaties om via (buitenlandse) civiele rechters regulering af te dwingen van de internationale activiteiten van de betrokken ondernemingen, met als doel het bewerkstelligen van een hoger beschermingsniveau ten aanzien van mens en milieu gerelateerde belangen die door die activiteiten nadelig beïnvloed (kunnen) worden. Een derde verandering die bij beide ontwikkelingen op de achtergrond een rol speelt is de verschuiving in ons denken over de rol die onze Westerse systemen van civiel aansprakelijkheidsrecht kunnen spelen waar het aankomt op gedragsregulering van private actoren, in dit geval het genereren van gedragsprikkelers voor de betrokken bedrijven om op een meer maatschappelijk verantwoorde manier te ondernemen.

In dit artikel zullen deze drie ontwikkelingen, die aan het licht worden gebracht door de hiervoor besproken tendens richting *foreign direct liability cases* maar tegelijkertijd lijken te getuigen van meer fundamentele paradigmaverschuivingen in onze veranderende maatschappij en globaliserende wereld, verder besproken worden. Daarbij zullen een aantal in het oog springende recente *foreign direct liability claims* kort de revue passeren, waaronder de Kiobel-zaak, de Texaco/Chevron-zaak, de Trafigura-zaak en de Nederlandse Shell Nigeria-zaak, procedures die elk een directe of indirecte link hebben met de Nederlandse rechtsorde. In het voorbijgaan zullen daarbij ook nog twee andere, nauw hiermee samenhangende publiek/privaat-gerelateerde kwesties aangestipt worden. Ten eerste de toenemende mate waarin internationaal opererende ondernemingen zich in de internationale rechtsorde bewegen op voet van gelijkheid met staten en in die context ook steeds meer gezien en behandeld worden als (semi-)volwaardige internationaalrechtelijke rechtssubjecten, met de bijbehorende rechten en verplichtingen. En ten tweede, in het verlengde hiervan, de groeiende druk op deze ondernemingen om niet alleen zelf maatschappelijk verantwoord te ondernemen, maar er ook op toe te zien dat hun buitenlandse dochtermaatschappijen en/of zakenpartners datzelfde doen.

In het hierna volgende zal ik allereerst stilstaan bij de verschuivingen van eigenbelang naar maatschappelijk belang die zich voordoen in de context van (internationaal) maatschappelijk verantwoord ondernemen (§2). Vervolgens zal ik uitgebreider aandacht besteden aan de tendens richting *foreign direct liability cases* en de verschuivingen van verantwoordelijkheid naar aansprakelijkheid die deze tendens in die context met zich brengt (§3). Daarna zal ik ingaan op de overeenkomsten die deze procedures vertonen met *public interest litigation*, een type rechtszaken waarbij procederen in feite in de plaats komt van demonstreren, in die zin dat civiele procedures worden in gezet door private actoren in een poging om het gedrag van andere private actoren via de civiele rechter te beïnvloeden, met het oog op het bevorderen van ‘bredere’ maatschappelijke belangen (§4).

Dit wordt gevolgd door een uiteenzetting over de manier waarop *foreign direct liability cases* de rol van het civiele aansprakelijkheidsrecht lijken te verleggen van (enkel en alleen) compensatie van geleden schade naar (ook) het verschaffen van gedragsprikkelers voor de betrokken ondernemingen (§5). Ik zal deze bijdrage afsluiten met een korte reflectie op de verschillende manieren waarop er sprake is van verschuivende grenzen tussen publiek en privaat in de context van *foreign direct liability cases* (§6).

2 CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY: VAN EIGENBELANG NAAR MAATSCHAPPELIJK BELANG

Het begrip *corporate social responsibility* (of, op zijn Nederlands: maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO)) kan op veel verschillende manieren uitgelegd worden, maar geeft in de kern weer de binnen een bepaalde maatschappij heersende verwachtingen betreffende de mate waarin bedrijven bij hun streven naar winstmaximalisatie rekening dienen te houden met de mens en milieu gerelateerde belangen van anderen. Hoewel er veel geschreven is over de ‘*business case*’ voor MVO, dat wil zeggen de mogelijkheid dat het rekening houden met deze belangen een winstgevende aangelegenheid kan zijn (bijvoorbeeld waar een bedrijf zich met succes richt op de verkoop van duurere *fair trade* producten), spitst het maatschappelijk debat rond MVO zich met name toe op die situaties waarin van bedrijven verwacht mag worden dat zij mens en milieu gerelateerdebelangen vóór laten gaan op hun eigen economische belang. De volgorde van de zogenoemde ‘*triple bottom line*’ (*People, Planet, Profit*) is dan ook niet toevallig zo gekozen.³

De invulling van wat maatschappelijk verantwoord ondernemerschap precies inhoudt verschilt naar tijd en naar plaats. Zo stelde Milton Friedman in 1970 nog dat ‘[t]he social responsibility of business is to increase its profits’.⁴ Hij bracht daarmee tot uitdrukking het idee dat de enige verantwoordelijkheid die een bedrijf heeft ten opzichte van de maatschappij waarbinnen het opereert, is om binnen de grenzen door de wet gesteld zoveel mogelijk winst te maken. Dit idee vindt zijn oorsprong in een vrij klassiek, Westers, neo-liberalistisch beeld van de verhouding tussen het publieke en het private domein in deze context, een beeld dat de afgelopen decennia in diezelfde Westerse maatschappijen steeds meer ter discussie is komen te staan. De gedachte wint daar aan populariteit dat het maatschappelijk mandaat dat ten grondslag ligt aan de mogelijkheid die ondernemingen gegund wordt om in alle vrijheid het eigen economisch belang na te streven (de zgn. ‘*social license to operate*’) als tegenprestatie een betrokkenheid bij diezelfde maatschappij vergt die verder gaat dan

³ Zie bijvoorbeeld: Elkington 1997.

⁴ Friedman 1970.

het respecteren van door de overheid opgelegde voorwaarden en juridische grenzen bij het nastreven van dat eigenbelang.⁵

De discussie rond de vraag in hoeverre van ondernemingen verwacht mag worden dat zij bij de uitoefening van hun bedrijfsactiviteiten rekening houden met de *impact* daarvan op het welzijn, de rechten en het leefmilieu van andere maatschappelijke actoren, ook waar dit niet verankerd is in dwingendrechtelijke gedragsregels, is de laatste jaren vooral in de internationale context zeer relevant gebleken. Spraakmakende incidenten als de gas-ramp in Bhopal (India) in 1984, het Probo Koala-afvaldumpingsschandaal in Abidjan (Ivoorkust) in 2006 en de instorting van het Rana Plaza-gebouw in Savar (Bangladesh) in 2013, maar ook slepende tragedies zoals de milieuvervuiling aangericht door olie-exploratie activiteiten in de Nigeriaanse Niger-delta en het Ecuadoriaanse regenwoud, hebben pijnlijk duidelijk gemaakt dat de mondialisering van handelsrelaties en productieprocessen ook een keerzijde heeft. Het feit dat in verschillende landen verschillende wettelijke normen gehanteerd worden ten aanzien van de mate waarin ondernemingen bij de uitoefening van hun bedrijfsactiviteiten rekening dienen te houden met lokale mens en milieu gerelateerde belangen houdt niet alleen een *business opportunity* in, maar ook een potentieel ethisch dilemma. Want waar ligt de grens tussen *good business sense* en het profiteren van de uitbuiting van anderen (waaronder ook toekomstige generaties)?⁶

Vragen rond deze kwestie van *double standards* rijzen (vooralsnog) in het bijzonder ten aanzien van in Westerse landen gevestigde internationaal opererende ondernemingen die – doorgaans via lokale dochtermaatschappijen en/of contractuele handelspartners – bedrijfsactiviteiten (laten) uitvoeren in minder ontwikkelde gastlanden. Want wat verwachten wij aan maatschappelijk verantwoord ondernemerschap van ‘onze’ ondernemingen wanneer die hun *profits* direct of indirect ontleen aan productieprocessen in landen waar het aantrekken van buitenlandse investeringen veel hoger op het publieke prioriteitenlijstje staat dan het voorkomen van kinderarbeid, milieuschade, industriële incidenten, mensenrechtenschendingen, beroepsziekten, enz.? In hoeverre rust er op de betrokken private actoren een verantwoordelijkheid om uit eigen beweging op te komen voor andere dan de eigen belangen, zelfs als dat ten koste gaat van niet alleen hun eigen winstmarges maar ook bijvoorbeeld verkoopprijzen, pensioenuitkeringen en de concurrentiepositie in (en daarmee ook de economische en handelsbelangen van) het eigen (thuis)land?⁷

Deels uit eigen beweging en deels als gevolg van maatschappelijke en politieke druk – aangewakkerd door een steeds actiever maatschappelijk middenveld dat handig gebruik maakt van de moderne media – gaan steeds meer internationaal opererende ondernemingen

5 Zie, in meer detail: Eijssbouts et al. 2010; Enneking 2012(1), p. 381–388.

6 Zie hierover tegenwoordig zelfs met enige regelmaat *The Economist*, bijvoorbeeld: ‘Digging itself out of a hole’, *The Economist*, 15 maart 2014; ‘Disaster at Rana Plaza’, *The Economist*, 4 mei 2013; ‘Good business; nice beaches’, *The Economist*, 19 mei 2012.

7 Zie over dit soort kwesties bijvoorbeeld: Enneking 2012(1), p. 401–416.

over tot het opstellen van gedragscodes waarin zij hun waarden en ambities op het gebied van internationaal MVO kenbaar maken.⁸ Daarnaast ontstaan er ook steeds meer *soft law* instrumenten, veelal opgesteld door internationale organisaties, die beogen richtlijnen te geven voor *best practices* in deze context. Gezaghebbende voorbeelden zijn de *OECD guidelines for Multinational Enterprises*⁹ en de *Guiding Principles*¹⁰ behorend bij het *UN policy framework on Business and Human Rights*.¹¹ Vooral dit laatste instrument heeft een belangrijke bijdrage geleverd aan de discussie rond internationaal MVO, nu het buiten twijfel stelt dat hoewel op staten de verplichting rust om de mensenrechten van private actoren binnen hun territorium te beschermen tegen inbreuken daarop van (henzelf en) andere private actoren zoals bedrijven, dit niet afdoet aan het feit dat op die bedrijven een zelfstandige verantwoordelijkheid rust om te voorkomen dat zij met hun activiteiten inbreuk maken op de mensenrechten van anderen. Daarnaast maakt het duidelijk dat beide groepen spelers (zowel staten als bedrijven) een rol te spelen hebben bij het instellen van adequate herstelmechanismen voor de slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechtenschendingen.¹²

Eén van de karakteristieken die hier genoemde instrumenten gemeen hebben is dat zij geen van alle op zichzelf echte 'harde' (in de zin van: afdwingbare) juridische verplichtingen in het leven roepen. Toch wil dat niet zeggen dat de uit deze instrumenten voortvloeiende – in beginsel ter vrijwillige naleving opgestelde – gedragsnormen niet onder omstandigheden een 'hard' juridisch randje kunnen krijgen. Dit kan op verschillende manieren, bijvoorbeeld doordat deze instrumenten als basis gebruikt worden voor de ontwikkeling van *hard law* instrumenten; zo zijn er naar aanleiding van het eerdergenoemde *UN policy framework* en de bijbehorende *Guiding Principles* vanuit verschillende staten voorstellen gedaan (dan wel gesteund) om te komen tot een juridisch bindend internationaal verdrag op dit gebied.¹³ Daarnaast komt het in internationale handelsketens steeds vaker voor dat de verplichting tot naleving van dit soort instrumenten opgenomen wordt als (keten)beding in contracten gesloten door (Westerse) *retailers* met hun buitenlandse leveranciers en producenten.¹⁴

8 Zie uitgebreid over de *drivers* achter de beweging van internationaal MVO: Kerr et al. 2009.

9 'OECD Guidelines for Multinational Enterprises', OECD Publishing 2011.

10 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' framework', A/HRC/17/31, 21 maart 2011.

11 'Protect, Respect and Remedy: A framework for Business and Human Rights', A/HRC/8/5, 7 april 2008.

12 Zie in meer detail bijvoorbeeld: Enneking 2012(1), p. 425–440.

13 Zie, met verdere verwijzingen, de website van het Business & Human Rights Resource Centre: <<http://business-humanrights.org/en/binding-treaty>>.

14 Zie hierover bijvoorbeeld: Vytöpil 2012.

3 FOREIGN DIRECT LIABILITY CASES: VAN VERANTWOORDELIJKHEID NAAR AANSPRAKELIJKHEID

Een zeer interessante ontwikkeling waar het gaat om het ‘verharden’ van ‘zachte’ verplichtingen op het gebied van maatschappelijk verantwoord ondernemerschap is de opkomst en snelle toename de laatste jaren van judiciële procedures ingesteld in verschillende Westerse landen waarin getracht wordt de morele (*soft law*) verantwoordelijkheden van internationaal opererende ondernemingen om te zetten in juridisch afdwingbare (*hard law*) verplichtingen.

Dit gebeurt bijvoorbeeld door middel van civielrechtelijke procedures waarbij deze ondernemingen worden aangesproken op een vermeend falen om hun (vrijwillige) uitlatingen over de bij de activiteiten in gastlanden te hanteren (minimum)standaarden in de praktijk ook daadwerkelijk gestand te doen (met andere woorden: ‘*topractice what they preach*’). Een bekend voorbeeld is de procedure tegen Nike naar aanleiding van publieke uitlatingen van het bedrijf waarin het beschuldigingen over slechte arbeidsomstandigheden bij Nike’s buitenlandse ketenpartners, weersprak. Volgens eiser Marc Kasky bevatten deze uitlatingen onjuiste informatie en lieten zij enkele cruciale feiten onbesproken, wat voor hem reden was om in 1998 voor de Californische rechter een claim in te dienen tegen Nike wegens strijd met Californische regels op het gebied van oneerlijke mededinging en misleidende reclame.¹⁵ Een soortgelijke claim werd bijvoorbeeld in april 2014 ingesteld voor een Franse rechter door een drietal Franse Ngo’s tegen de Franse supermarktketen Auchan in verband met een reclamecampagne waarin het bedrijf uitlatingen doet over het nastreven van goede werkomstandigheden in de productieketen. Aanleiding voor de procedure was het feit dat labels van één van Auchan’s kledinglijnen werden aangetroffen in de ruïne van het Rana Plaza-gebouw in Bangladesh dat in april 2013 als gevolg van een constructiefout instortte en daarmee een einde maakte aan de levens van duizenden contractarbeiders die op dat moment in het gebouw aan het werk waren.¹⁶

Een tweede categorie van procedures die de laatste jaren steeds actiever zijn ingezet met het oog op het in rechte afdwingen van maatschappelijk verantwoordelijk gedrag door internationaal opererende ondernemingen, wordt gevormd door de in de inleiding aangehaalde en hierna verder te bespreken *foreign direct liability cases*. Deze procedures laten zien dat de verschuivingen van publiek naar privaat die een rol spelen in deze context niet beperkt zijn tot de verschuiving naar het (internationale) bedrijfsleven van verantwoordelijkheden voor de behartiging van de belangen van andere maatschappelijke actoren (‘mens’) en van algemene maatschappelijke belangen (‘milieu’). Een hiermee samenhan-

¹⁵ Zie, voor meer informatie en verdere verwijzingen: <<http://business-humanrights.org/en/nike-lawsuit-kasky-nike-re-denial-of-labour-abuses-0>>.

¹⁶ Zie, voor meer informatie en verdere verwijzingen: <<http://business-humanrights.org/en/auchan-lawsuit-regarment-factories-in-bangladesh>>.

gende, belangrijke verschuiving is die van het reguleringsinitiatief, wat traditioneel bij de overheid ligt maar bij *foreign direct liability cases* als het ware overgenomen wordt door (potentiële) benadeelden en maatschappelijke belangenorganisaties. Zij stappen naar de rechter met als doel niet alleen het verhalen eventueel geleden schade, maar ook het voorkomen van verdere of toekomstige schade en daarmee, meer in algemene zin, het in rechte doen vaststellen en/of handhaven van gedragsnormen voor internationaal opererende ondernemingen.¹⁷

De opkomst van deze tendens richting *foreign direct liability cases* is nauw verbonden met de 'herontdekking' in de jaren '80 van de vorige eeuw van een Amerikaans federaal wetje uit 1789, de *Alien Tort Statute* (ATS). Dit wetje bleek als juridische grondslag te kunnen dienen voor civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures voor Amerikaanse federale rechters naar aanleiding van internationale mensenrechtenschendingen gepleegd waar ook ter wereld. Hoewel de herontdekking van dit wetje in eerste instantie voornamelijk leidde tot procedures tegen staten en al dan niet namens de staat handelende individuele actoren, zoals de Filipijnse oud-dictator Marcos en de Joegoslavische oorlogsmisdadiger Karadzic, werd gaandeweg duidelijk dat het ook als juridische grondslag gebruikt kon worden voor procedures tegen multinationale concerns die vermoed werden betrokken te zijn geweest bij internationale mensenrechtenschendingen in gastlanden. In combinatie met de voor eisers gunstige procedurele omstandigheden in de VS (waaronder *class actions*, uitgebreide mogelijkheden tot bewijsgaring, *no cure no pay*, juryrechtspraak, geen kostenveroordeling verliezende partij) en de relatief liberale Amerikaanse regels betreffende de bevoegdheid van Amerikaanse rechters om kennis te nemen van civiele claims ook tegen niet-Amerikaanse actoren, leidde dit in korte tijd tot een groot aantal ATS-procedures tegen een brede kring van multinationals met hoofd- of nevenvestigingen in de VS.¹⁸

Een bekend voorbeeld zijn de procedures waarin Shell voor de Amerikaanse federale rechter door de nabestaanden van omgekomen Nigeriaanse milieuactivisten aansprakelijk gesteld werd voor de beweerdelijke betrokkenheid van het concern bij mensenrechtenschendingen gepleegd tegen die activisten door het Nigeriaanse militaire regime in de jaren '90. Eén van deze procedures, de *Kiobel*-zaak, leidde medio 2013 tot een uitspraak van het Amerikaanse *Supreme Court* waarin de reikwijdte van de ATS, in het bijzonder ten aanzien van procedures tegen niet-Amerikaanse multinationals, in belangrijke mate beperkt werd.¹⁹ Een ander bekend voorbeeld van een ATS-claim tegen een multinational is de procedure die in 1993 werd ingesteld tegen Texaco in verband met de wijdverbreide schade aangericht aan het Ecuadoriaanse regenwoud en aan de gezondheid van lokale bewoners als gevolg van olie-exploratie activiteiten aldaar door het bedrijf tussen 1964 en

17 Zie uitgebreid: Enneking 2014(1); Enneking 2012(1).

18 Zie in meer detail en met verdere verwijzingen: Enneking 2012(1), p. 77–87.

19 Zie voor meer informatie en verdere verwijzingen: <<http://business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-nigeria-kiobel-wiwa>>. Zie ook bijvoorbeeld: Enneking 2014(1); Enneking 2012(2).

1992. De procedure werd in 2002 door de Amerikaanse rechter verworpen op grond van het (door Texaco naar voren gebrachte) argument dat de claims beter voor de Ecuadoriaanse rechter gebracht konden worden; een daaropvolgende procedure in dat land tegen Chevron (dat Texaco in 2001 had overgenomen) leidde in 2011 tot een uitspraak van de Ecuadoriaanse rechter dat Chevron aansprakelijk is voor de veroorzaakte schade en een aanzienlijke schadevergoeding moet betalen aan de eisers. Deze zaak kwam daarmee echter niet ten einde, aangezien Chevron niet alleen inmiddels een procedure aanhangig had gemaakt tegen Ecuador voor het Internationaal Arbitragehof in Den Haag wegens schending van het bilaterale investeringsverdrag tussen de VS en Ecuador, maar ook (nog steeds) de erkenning en uitvoerbaarheid van het Ecuadoriaanse vonnis in de VS aanvecht.²⁰

De tendens richting *foreign direct liability cases* is niet beperkt gebleven tot ATS-claims voor Amerikaanse federale rechters, maar heeft zich ook uitgebreid richting rechtbanken in de Amerikaanse staten en in andere Westerse landen als Canada, Australië, het Verenigd Koninkrijk, Zweden en Nederland. Aangezien de ATS geen equivalent kent buiten de Amerikaanse federale rechtsorde, wordt de juridische grondslag voor deze procedures doorgaans gevonden in algemene beginselen van civiel aansprakelijkheidsrecht en de *tort of negligence* in het bijzonder. De nadruk ligt hier dan ook niet op de vraag of het concern direct of indirect betrokken is geweest bij internationale mensenrechtenschendingen ten opzichte van derden in het gastland, zoals in ATS-procedures het geval is. In plaats daarvan ligt de nadruk op de vraag of het handelen of nalaten van de aangesproken ondernemingen strijd heeft opgeleverd met een zorgplicht (*duty of care*) ten opzichte van de schadelijgende derden in het gastland.²¹ In de woorden van het Nederlandse onrechtmatigedaadsrecht gaat het dan om de vraag of de gedragingen van de betrokken ondernemingen strijd opleveren met '*hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*', een criterium dat ruime mogelijkheden biedt voor nadere invulling van de zorgplicht aan de hand van de ondernemingspraktijk in de betreffende branche, maatschappelijke verwachtingen en *soft law* normen op het gebied van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap.²²

Een bekend Europees voorbeeld is de civiele aansprakelijkheidsprocedure die werd ingesteld voor het Londense *High Court* door een grote groep Ivorianen tegen de internationale handelsonderneming Trafigura naar aanleiding van het gifdumpingsincident met de Probo Koala in 2006.²³ Deze procedure werd in 2009 buiten de rechter om geschikt, maar een recente poging door een Nederlandse stichting om namens een (andere) groep

20 Zie voor meer informatie en verdere verwijzingen: <<http://business-humanrights.org/en/texacochvronlawsuits-re-ecuador>>.

21 Zie in meer detail en met verdere verwijzingen: Enneking 2014(1); Enneking 2013(1); Enneking 2012(1), p. 87–91.

22 Zie in meer detail bijvoorbeeld: Enneking 2014(2).

23 Zie voor meer informatie en verdere verwijzingen: <<http://business-humanrights.org/en/trafiguralawsuits-recôte-d'ivoire>>.

Ivoriaanse slachtoffers van het Probo Koala-incident een deelgeschilprocedure voor de Nederlandse rechter te brengen tegen Trafigura doet vermoeden dat het laatste woord in deze kwestie nog niet gesproken is.²⁴ De in de inleiding vermelde aansprakelijkheidsclaims ingesteld door Nigeriaanse boeren en de Nederlandse NGO Milieudefensie tegen zowel de Nederlandse moedermaatschappij als een Nigeriaanse dochtermaatschappij van het Nederlands-Britse Shell concern, vormen het eerste voorbeeld van een voor de Nederlandse rechter ingestelde *foreign direct liability case*. Deze procedure, die momenteel voorligt bij het Hof Den Haag, is hoogst relevant niet alleen in Nederland maar ook daarbuiten, onder meer omdat het één van de eerste *foreign direct liability claims* is waarin het ook daadwerkelijk is gekomen tot een inhoudelijke einduitspraak over de aansprakelijkheid van de betrokken ondernemingen.²⁵ Ondanks het snel groeiend aantal procedures wereldwijd is dit een zeldzaamheid, omdat tot op heden het merendeel van deze rechtszaken ofwel in een vroeg stadium op procedurele gronden verworpen zijn, ofwel buiten de rechter om geschikt.

Niettegenstaande het feit dat rechterlijke einduitspraken vooralsnog schaars zijn, zijn deze *foreign direct liability cases* hoogst relevant waar het gaat om de grenzen tussen publiek en privaat, alleen al vanwege de vele interessante juridische vragen die zij oproepen met betrekking tot de verschuiving van maatschappelijke verantwoordelijkheden naar en binnen internationaal opererende ondernemingen en de daarmee samenhangende aansprakelijkheid van deze ondernemingen voor schade aan mens en milieu in gastlanden. Want hoe ver reikt de zorgplicht van een in een Westers land gevestigde moedermaatschappij van een multinationaal concern waar het gaat om het voorkomen dat de mens en milieu gerelateerde belangen van derden in gastlanden geschonden worden als gevolg van de activiteiten van haar (klein)dochtermaatschappijen aldaar? In hoeverre kunnen er soortgelijke zorgplichten bestaan voor internationaal opererende ondernemingen waar het gaat om activiteiten uitgevoerd door *joint venture partners* of *sub-(sub-)contractors* in de productieketen? Welke rol spelen *soft law* instrumenten als de *OECD-Guidelines* en de *Guidelines* behorend bij het *UN policy framework on Business and Human Rights* dan wel zelfreguleringsmechanismen als *corporate codes of conduct* bij de invulling van die zorgplichten? En kan een bedrijf zich in deze tijden nog aan aansprakelijkheid onttrekken met een beroep op het argument dat de lokale arbeids-, milieu-, en/of mensenrechtennormen zijn nageleefd?

De rechtspraak op grond van de ATS betreffende de directe of indirecte betrokkenheid van multinationals bij internationale mensenrechtenschendingen brengt weer andere interessante kwesties aan het licht. Want in hoeverre kan gezegd worden dat niet alleen staten maar ook private actoren als ondernemingen rechtssubjecten zijn binnen de inter-

24 Rechtbank Amsterdam 10 juli 2014, *LJN* ECLI:NL:RBAMS:2014:4063.

25 Rechtbank Den Haag 30 januari 2013, *LJN* ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845 (olielekkage nabij Goi), *LJN* ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850 (olielekkage nabij Oruma), *LJN* ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (olielekkages nabij Ikot Ada Udo). Zie in meer detail: Enneking 2014(1); Enneking 2013(1).

ationale rechtsorde, en dus zelfstandige dragers van internationaalrechtelijke rechten en verplichtingen? Wie is er verantwoordelijk en wie kan er aansprakelijk gehouden worden als de primaire dader van de internationale mensenrechtenschendingen de lokale overheid of een lokaal overheidsbedrijf is en de multinational slechts zijdelings betrokken is? Wat is de rol van bilaterale investeringsverdragen tussen thuis- en gastlanden van multinationals in deze context? Maar ook: in hoeverre mag een nationale rechter zich uitspreken over een procedure betreffende internationale mensenrechtenschendingen gepleegd in een ander land door een bedrijf dat wel *assets* maar niet zijn hoofdvestiging in het forumland heeft? En welk recht moet worden toegepast op een dergelijke claim, voor welke concepten moet aansluiting gezocht worden bij internationale mensenrechtennormen en voor welke concepten moet aansluiting gezocht worden bij nationaalrechtelijke beginselen van civiel aansprakelijkheidsrecht van één van de betrokken rechtssstelsels?

De antwoorden op deze vragen zullen zich langzaam maar zeker uit moeten gaan kristalliseren aan de hand van uitspraken in toekomstige *foreign direct liability cases*. Aangezien de reikwijdte van de ATS als gevolg van de uitspraak van het *Supreme Court* in de *Kiobel*-zaak in belangrijke mate is ingeperkt, is de verwachting dat de nadruk meer zal komen te liggen op procedures voor rechters in de Amerikaanse staten en in andere Westerse landen, zoals Nederland. In hoeverre we daadwerkelijk een toename zullen gaan zien van *foreign direct liability cases* ook buiten de VS is grotendeels afhankelijk van de vraag of eisers in dit soort procedures manieren kunnen vinden om om te gaan met de procedurele barrières die de toegang tot de rechter in dit soort zaken kunnen bemoeilijken. Zo laat de Nederlandse Shell-zaak zien dat één van de belangrijkste drempels in *foreign direct liability cases* voor de Nederlandse rechter gevormd wordt door de beperkte mogelijkheden voor eisers om toegang te krijgen tot bewijsmateriaal dat in handen is van de gedaagde multinationals of van derden.²⁶

Een bepalende factor voor de toekomst van de tendens richting *foreign direct liability cases* zal dan ook zijn in hoeverre beleidsmakers in Westerse landen als Nederland zich groeppen zullen voelen, naar aanleiding van de nadruk in het *UN policy framework on Business and Human Rights* op de toegang tot effectieve *judicial remedies* voor slachtoffers van bedrijfsgerelateerde mensenrechten, om drempels als deze aan te pakken. Dit betekent dus dat hoewel publieke verantwoordelijkheden in deze context bij private actoren komen te liggen, enerzijds bij internationaal opererende ondernemingen zelf waar het gaat om het beschermen van mens en milieu in gastlanden tegen de mogelijk nadelige effecten van hun bedrijfsactiviteiten en anderzijds bij (potentiële) benadeelden en Ngo's waar het gaat om het bij de rechter aanklaarten van (dreigend) nadeel in deze zin, er toch een rol overblijft voor de overheid. Deze rol is echter niet meer zozeer gelegen in het opstellen dan wel handhaven van gedragsnormen voor de betrokken bedrijven, maar in het faciliteren van

²⁶ Zie in meer detail: Enneking 2013(2).

civilrechtelijke procedures waarin de betrokken private actoren (bedrijven, (potentiële) benadeelden en maatschappelijke belangengroeperingen) door de rechter kunnen laten bepalen wat in concrete gevallen verstaan moet worden onder maatschappelijk verantwoord ondernemerschap en wat de aansprakelijkheidsrisico's zijn voor ondernemingen die hun verantwoordelijkheden in deze niet nakomen.

4 PUBLIC INTEREST LITIGATION: VAN DEMONSTREREN NAAR PROCEDEREN²⁷

Om de verschuiving van de grenzen tussen publiek en privaat in de context van *foreign direct liability cases* en internationaal MVO nog beter te kunnen duiden is het van belang om op te merken dat één van de karakteristieke kenmerken van deze procedures hun 'algemeen belang'-karakter is. Ze draaien doorgaans immers niet slechts om het verkrijgen van financiële compensatie voor door de betrokkenen geleden schade, zoals in meer doorsnee civiele aansprakelijkheidsprocedures doorgaans wel het geval is. Waar ze wel om draaien is veelal het creëren van transparantie en debat omtrent de schadelijke gevolgen voor mens en milieu van de activiteiten van multinationals in minder ontwikkelde gastlanden, het via de rechter afdwingen van een hoger beschermingsniveau van mens en milieu gerelateerde belangen dan lokaal gebruikelijk is en het genereren van gedragsprikkel voor de betrokken bedrijven tot meer internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen.²⁸

Als zodanig worden met deze procedures dan ook politiek-maatschappelijke doelen nagestreefd die veel breder zijn dan enkel het behartigen van de private belangen van degenen die ze aanbrengen. In feite zijn ze daarmee een grensoverschrijdende variant van een fenomeen dat we al langer kennen als *public interest litigation*: juridische procedures die zich kenmerken door het feit dat zij toekomstgericht zijn, belangen beogen te bevorderen die breder zijn dan de puur private belangen van de bij het geding betrokken partijen, de nadruk leggen op ideële aspecten en doorgaans geïnitieerd worden door of met de steun van maatschappelijke belangengroeperingen die zich bezighouden met bijvoorbeeld mensenrechten-, consumenten- of milieubelangen. Dergelijke procedures kunnen een belangrijk instrument zijn voor achtergestelde groepen die niet in staat zijn om een adequate bescherming van hun belangen dan wel andere vormen van maatschappelijke verandering af te dwingen via de meer geëigende (democratische) weg van politieke agendering en besluitvorming.²⁹

Vooraf in opkomende economieën als India en Zuid-Afrika stappen maatschappelijke organisaties met regelmaat naar de rechter indien de betrokken overheden niet in staat

²⁷ Deze tekst in deze paragraaf is grotendeels ontleend aan Enneking 2014(2).

²⁸ Zie nader: Enneking 2012(1), p. 116–117.

²⁹ Zie in meer detail en met verdere verwijzingen: Enneking & De Jong 2014. Zie ook bijvoorbeeld: Cummings & Rhode 2009; Schall 2008; Chayes 1976.

blijken om te voorzien in de eerste levensbehoeften van hun burgers, zoals huisvesting en drinkwater.³⁰ Ook in Westerse landen is het concept van maatschappelijke mobilisatie door middel van juridische procedures geen onbekende; in het bijzonder in de VS initiëren burgers en Ngo's regelmatig juridische procedures om zo regulering van andere maatschappelijke actoren af te dwingen.³¹ Een bekend voorbeeld is de procedure die daar door verschillende milieuorganisaties, in samenwerking met een aantal Amerikaanse staten en lokale overheden, werd aangespannen tegen de Amerikaanse *Environmental Protection Agency* in een poging dit federale agentschap, dat belast is met onder meer de bescherming van het milieu, ertoe te bewegen regelgeving op te stellen met betrekking tot de uitstoot van CO₂ en andere broeikasgassen.³²

In Europa is het concept van '*regulation through litigation*' weliswaar minder goed ingevoerd, maar weten maatschappelijke belangenorganisaties zoals milieuorganisaties de weg naar de (bestuurs)rechter al langer goed te vinden. Ook in Nederland worden rechters met enige regelmaat geconfronteerd met door private partijen (meestal Ngo's) geïnitieerde procedures die vooral gericht zijn op het beïnvloeden van het beleid van de Nederlandse overheid of van het beleid en de (internationale) ondernemingspraktijken van in Nederland gevestigde ondernemingen, met het oog op het bevorderen van bredere maatschappelijke belangen.³³ Het is niet onwaarschijnlijk dat de prevalentie van dit soort procedures hoe dan ook zal toenemen als gevolg van de veranderende positie van de burger in onze samenleving. In een tijd waarin als gevolg van ingrijpende maatschappelijke ontwikkelingen als privatisering en mondialisering de inhoud en afbakening van de maatschappelijke taken en verantwoordelijkheden van onze belangrijkste instituties – overheid, markt en maatschappelijke organisaties – aan fundamentele veranderingen onderhevig zijn, speelt de actieve burger immers een steeds belangrijker rol. Dit vertaalt zich mede in de toenemende mate waarin burgers, individueel of in groepsverband, verantwoordelijkheid nemen voor de behartiging van publieke belangen, waaronder ook internationale of buitenlandse mens en milieu gerelateerde belangen.

Hoewel het in Nederland doorgaans de bestuursrechtelijke rechtsgang is die gezien wordt als route bij uitstek voor private partijen om publiek belang-gerelateerde kwesties in rechte aan de kaak te stellen, is de brede toegang tot de Nederlandse bestuursrechter de laatste jaren om verschillende redenen beperkter geworden. Daar komt bij dat de bestuursrechtelijke rechtsgang, als gevolg van de sterke focus op bestuursbesluiten, doorgaans niet zal openstaan voor claims tegen private actoren als bedrijven of voor claims die zien op het beschermen of bevorderen van (deels) buitenlandse of internationale belangen.³⁴

30 Zie bijvoorbeeld: Deva 2009; Klaaren et al. 2011.

31 Zie bijvoorbeeld: Luff 2011. Zie ook: Enneking & De Jong 2014.

32 *Massachusetts et al. v. Environmental Protection Agency et al.*, 549 US 497 (2007).

33 Zie nader: Enneking & Van den Broek 2014.

34 *Idem*.

Eisers die door middel van *foreign direct liability claims* invloed willen uitoefenen op het beleid en de internationale ondernemingspraktijken van internationaal opererende ondernemingen zullen zich in Nederland dus tot de civiele rechter moeten wenden. Belangenorganisaties kunnen dit doen op grond van de collectieve actie-bepaling van art. 3:305a BW, dat onder meer ruimte biedt voor ‘algemeenbelangacties’. Wil de organisatie ontvankelijk zijn in haar publiek belanggerelateerde civiele claim dan moet ze wel voldoen aan de in dit artikel genoemde vereisten, waaronder het vereiste dat uit haar statuten moet blijken dat zij de belangen behartigt ter bescherming waarvan zij de vordering instelt.³⁵

Interessant aan de door de Nederlandse wetgever gecreëerde mogelijkheid om algemeenbelangacties voor te leggen aan de Nederlandse civiele rechter is dat daarmee bewust het traditionele idee is losgelaten dat een civielrechtelijke procedure slechts kan draaien om de private belangen van de bij de procedure betrokken private partijen. Het lastige aan het introduceren van de mogelijkheid om een civielrechtelijke procedure te initiëren ter bescherming of bevordering van een publiek belang is natuurlijk wel dat er in veel gevallen verschil van mening zal bestaan over de vraag wat het na te streven publieke belang precies inhoudt en wat de bescherming ervan vergt, mede in het licht van met het betreffende belang strijdige private of andersoortige publieke belangen. Zo contrasteren de mens en milieu gerelateerde belangen waarvoor de eisers in *foreign direct liability cases* zoals de Shell Nigeria-zaak, de *Kiobel*-zaak, de *Trafigura*-zaak en de *Chevron*-zaak bescherming trachten af te dwingen niet alleen met de micro-economische belangen van de betrokken ondernemingen, maar kunnen zij ook strijd opleveren met de macro-economische belangen van en internationale betrekkingen tussen de betrokken landen.³⁶

Dit was nergens zo duidelijk als bij de behandeling door het Amerikaanse *Supreme Court* van de *Kiobel*-zaak, ter gelegenheid waarvan zowel de Engelse als de Nederlandse overheid *amicus curiae briefs* indienden namens Shell waarin zij pleitten voor een restrictieve uitleg van de ATS en tegen het aannemen van bevoegdheid door Amerikaanse federale rechters op deze basis over claims tegen niet-Amerikaanse multinationals.³⁷ Dit is interessant, aangezien het laat zien dat hoewel de inmenging van de overheid in civiele procedures in beginsel beperkt is tot het voorzien in een onafhankelijke (in de zin van: niet door de wetgevende of uitvoerende macht aangestuurde) en onpartijdige professionele geschilbeslechter in de persoon van de rechter evenals het ervoor zorgdragen dat de toegang tot die rechter niet *de facto* onmogelijk wordt gemaakt door allerlei procedurele drempels (een verplichting die onder meer voortvloeit uit art. 6 EVRM), diezelfde overheid toch niet altijd helemaal afzijdig blijft in procedures met bredere maatschappelijke (internationale) implicaties, in ieder geval niet wanneer die procedures zich elders afspelen.

³⁵ Zie in meer detail: Enneking 2014(2); Enneking & De Jong 2014; Enneking & Van den Broek 2014.

³⁶ Zie nader: Enneking 2014(2), p. 40–41.

³⁷ Zie in meer detail: Enneking 2012(2).

Voor wat dit soort publiek belang-gerelateerde procedures in eigen land betreft moet opgemerkt worden dat het feit dat een procedure dergelijke bredere implicaties heeft in beginsel geen reden is voor de Nederlandse civiele rechter om af te zien van de berechting ervan. Sterker nog, hij is in principe gehouden om tot een beslissing te komen in een aan hem voorgelegde procedure, een verplichting die gezien kan worden als het spiegelbeeld van het recht op toegang tot de rechter zoals dat bijvoorbeeld vastgelegd is in art. 6 EVRM. Dat wil overigens niet zeggen dat de rechter per definitie toekomt aan een inhoudelijk behandeling daarvan, aangezien er verschillende formele gronden zijn waarop een al te exotische vordering kan stranden. Komt het wel tot een inhoudelijk eindoordeel in een procedure die draait om meer dan de private belangen van de bij het geschil betrokken partijen, dan blijft het natuurlijk de vraag in hoeverre de civiele rechter zich daarbij rekenschap kan en mag geven van de achterliggende belangen en ‘bredere’ (maatschappelijke) context en implicaties.³⁸

Aangezien de civiele rechter in vergelijking met zijn bestuurs- en strafrechtelijke collega's slechts beperkte mogelijkheden heeft tot het verrichten van zelfstandig onderzoek naar relevante feiten en omstandigheden is in dit opzicht een belangrijke taak weggelegd voor de partijen bij de procedure.³⁹ Dat geldt in het bijzonder voor de eisers, die op grond van de hoofdregel van bewijslastverdeling in beginsel belast zijn met de verantwoordelijkheid om relevante feiten en omstandigheden aan te voeren die hun stellingen betreffende de aansprakelijkheid van de wederpartij ondersteunen.⁴⁰ Zoals eerder al vermeld kan dit in *foreign direct liability cases* echter een cruciale drempel vormen, wat samenhangt met de inherente ‘*inequality of arms*’ die zich in dit soort zaken doorgaans voordoet waar het gaat om de beperkingen niet alleen in kennis en de kunde maar ook in organisatiegraad en financiële armslag van de eisers, in vergelijking met de gedaagde ondernemingen.⁴¹

Dit laat zien dat hoewel het mogelijk is om de in beginsel publieke taak van het beschermen van mens en milieu gerelateerde belangen tegen de nadelige effecten van de bedrijfsactiviteiten van internationaal opererende ondernemingen (gedeeltelijk) over te laten aan maatschappelijke belangenorganisaties en (potentiële) benadeelden, er toch een (rest)rol overblijft voor overheden in de thuislanden van die ondernemingen om de inzet van het civiele aansprakelijkheidsrecht ter bevordering van internationaal MVO in deze zin te faciliteren. Zij zijn het uiteindelijk die de noodzakelijke randvoorwaarden kunnen creëren voor dit soort procedures, waarbij in de context van de bewijsvoering bijvoorbeeld gedacht kan worden aan wettelijke transparantieplichtingen voor in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen, maar ook bijvoorbeeld aan het opnemen

³⁸ Zie nader: Enneking 2014(2), p. 41–42.

³⁹ Vergelijk ook: Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014/68–70.

⁴⁰ Art. 150 Rv.

⁴¹ Zie in meer detail: Enneking 2013(2).

van wettelijke regels over een eventuele omkering van bewijslast in deze context, of zelfs aan het instellen van bepaalde vormen van risicoaansprakelijkheid.

5 HET CIVIELE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT: VAN COMPENSATIE NAAR GEDRAGSREGULERING

Een laatste verschuiving van publiek naar privaat die onderstreept wordt door de tendens richting *foreign direct liability cases* is de verschuiving in ons denken over de rol die onze Westerse systemen van civiel aansprakelijkheidsrecht kunnen spelen. Zoals duidelijk is geworden uit de vorige paragraaf speelt het civiele aansprakelijkheidsrecht in deze procedures niet slechts een rol waar het gaat om het verkrijgen van compensatie van geleden schade, maar ook (en in sommige gevallen vooral) waar het gaat om het creëren van transparantie en debat omtrent de schadelijke gevolgen voor mens en milieu van de activiteiten van multinationals in minder ontwikkelde gastlanden en het genereren van gedragsprikkel voor de betrokken bedrijven tot meer internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen.⁴² De Nederlandse Shell-zaak is hiervan een goed voorbeeld, getuige het feit dat de inzet van de procedure niet alleen was om *ex post facto* een verklaring voor recht te verkrijgen dat zowel de Nederlandse moedermaatschappij van het Shell-concern als haar Nigeriaanse (klein)dochter hoofdelijk aansprakelijk waren voor de door de eisers geleden milieuschade, maar ook om rechterlijke geboden uit te lokken met betrekking tot nog te verrichten gedragingen zoals het uitvoeren van achterstallig onderhoud, het reinigen van de vervuilde grond en waterbronnen en het opstellen van adequate *contingency plans* om toekomstige milieuschade zoveel mogelijk te beperken.

Deze 'bredere' rol die het civiele aansprakelijkheidsrecht lijkt te worden toebedeeld in dit soort procedures sluit goed aan bij verschuivingen die zich de laatste decennia hebben voorgedaan (voornamelijk) in de rechtswetenschappelijke literatuur.⁴³ Het civiele aansprakelijkheidsrecht wordt steeds minder gezien als alleen een systeem van interpersoonlijke, op herstel gerichte rechtvaardigheid en in toenemende mate als een instrument om maatschappelijke verandering tot stand te brengen.⁴⁴ Het gaat dan niet alleen om verandering op microniveau (gedragsprikkel voor de aansprakelijk gestelde partij), maar ook op mesoniveau (regulering van soortgelijke actoren) en op macroniveau (teweegbrengen van maatschappelijke verandering ter bevordering van het algemeen belang). In deze meer instrumentele benadering krijgt het civiele aansprakelijkheidsrecht een rol als reguleringsmechanisme die uiteenvalt in enerzijds het door de civiele rechter formuleren van nieuwe

⁴² Zie nader: Enneking 2012(1), p. 560–591.

⁴³ De volgende twee alinea's zijn grotendeels ontleend aan Enneking 2014(2).

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld: Hartlief 2009; Van Boom 2006.

gedragsnormen (*standard setting*) en anderzijds het door de civiele rechter handhaven van bestaande gedragsnormen (*monitoring and enforcement*).⁴⁵

Waar het aankomt op normstelling door de civiele rechter hebben we in Nederland een traditie die teruggaat naar de ontwikkeling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in 1919;⁴⁶ dat de rechter een rechtsvormende taak heeft is inmiddels algemeen geaccepteerd.⁴⁷ Wat betreft het inzetten van het civiele aansprakelijkheidsrecht ter handhaving van bestaande (veelal publiekrechtelijke) normen lopen we echter achter op bijvoorbeeld de VS, waar het initiëren van aansprakelijkheidsprocedures door private partijen ter bevordering van bredere doelen sterk bevorderd wordt door een procescultuur die, als vermeld, zeer gunstig is voor private actoren die een civiele aansprakelijkheidsclaim willen aanbrengen.⁴⁸ Hoewel in Europa en zeker ook in Nederland de toegang tot de rechter een groot goed is, koesteren wij argwaan ten opzichte van de onwenselijk geachte Amerikaanse 'claimcultuur'. Toch worden ook hier voorzichtige stappen gezet in de richting van een procescultuur waarin de inzet door private partijen van civiele (aansprakelijkheids)procedures met het oog op het beïnvloeden van het gedrag van andere maatschappelijke actoren, beter gefaciliteerd wordt. Voorbeelden zijn een experiment met *no cure no pay*-afspraken tussen cliënten en advocaten in letselschadezaken, een consultatie over het mogelijk maken van collectieve schadevergoedingsacties en de opkomst van organisaties gericht op het initiëren of faciliteren van *public interest litigation*, zoals het 'We the People' platform en het *Public Interest Litigation*-fonds van de NJCM.

Deze opkomende rol van het civiele aansprakelijkheidsrecht als reguleringsmechanisme is vooral interessant in de internationale context van *foreign direct liability cases*, waar het ontbreken van adequate reguleringsmechanismen heeft geleid tot een *regulatory gap* ten aanzien van de grensoverschrijdende activiteiten van internationaal opererende ondernemingen. Onze gemondialiseerde wereld kent immers een internationale rechtsorde die nog altijd gestoeld is op fundamentele principes van soevereiniteit en territorialiteit, wat betekent dat de geografische reikwijdte van publiekrechtelijke regelgeving in principe beperkt is tot het territoir van de regelgevende staat. Als gevolg daarvan worden de wereldwijde activiteiten van internationaal opererende ondernemingen bestreken door een lappendeken van lokale standaarden die, zoals eerder besproken, aanzienlijk van elkaar kunnen verschillen waar het gaat om de bescherming van mens en milieu gerelateerde belangen. Mede als gevolg van de grote economische belangen die gemoeid zijn met deze activiteiten is het zeer lastig om internationale verdragen tot stand te brengen die een *level playing field* van enige betekenis creëren in deze context.⁴⁹

45 Zie in meer detail bijvoorbeeld: Cane 2001.

46 HR 31 januari 1919, NJ 191, 161, m.nt. Molengraaff (*Lindenbaum/Cohen*).

47 Zie bijvoorbeeld: Asser/Vranken Algemeen deel*** 2005/9–10.

48 Zie nader bijvoorbeeld: Brand 2005.

49 Zie in meer detail: Enneking 2012(1), p. 443–494.

Al met al heeft dit tot gevolg dat traditionele, publiekrechtelijke reguleringsmechanismen noodzakelijkerwijs slechts een zeer beperkte rol spelen waar het gaat om het bewerkstelligen van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap en het sanctioneren van onverantwoord gedrag in dit verband. En dit betekent dat er juist in deze internationale context ruimte ligt dan wel behoefte bestaat aan de inzet van privaatrechtelijke instrumenten zoals het civiele aansprakelijkheidsrecht als reguleringsmechanismen. Dit betekent een breuk met traditionele noties van het privaatrecht als een rechtsgebied dat enkel een rol heeft in het ordenen van de betrekkingen van private actoren, zonder deze inhoudelijk te sturen en van het civiele aansprakelijkheidsrecht als een rechtsgebied dat enkel gericht is op herstel van een door onrechtmatig handelen of nalaten veroorzaakte onevenwichtigheid in een privaatrechtelijke rechtsverhouding door middel van compensatie van geleden schade. Daarnaast is er nog weinig onderzoek gedaan naar de vraag of het civiele aansprakelijkheidsrecht niet alleen in theorie maar ook in de praktijk kan leiden tot gedragsverandering bij de private actoren die geconfronteerd worden met (de dreiging van) een civiele aansprakelijkheidsclaim. Toch is de mogelijkheid dat het civiele aansprakelijkheidsrecht in de internationale context, bijvoorbeeld waar het gaat om het bewerkstelligen van maatschappelijk (meer) verantwoord ondernemerschap, kan functioneren als een '*second best*' optie voor de sturing van het gedrag van internationaal opererende ondernemingen, interessant genoeg om verder te exploreren in de toekomst.⁵⁰

Daarbij moet echter ook rekening gehouden worden met het feit dat het gedragsregulerend potentieel van het civiele aansprakelijkheidsrecht in de internationale context in belangrijke mate mede bepaald wordt door de toepasselijke regels van internationaal privaatrecht. Want waar geen bevoegdheid bestaat voor de aangezochte rechter, waar een nationaal systeem van aansprakelijkheidsrecht met reguleringspretenties (zoals strenge zorgvuldigheidsnormen of risicoaansprakelijkheden met betrekking tot bepaalde activiteiten) niet voor toepassing in aanmerking komt, of waar een aansprakelijkstelling niet erkend dan wel ten uitvoer gelegd kan worden in het land van vestiging van de betreffende onderneming, gaat dat potentieel teniet. Het is in dit verband interessant om op te merken dat er ook een tendens bestaat richting 'verpublicisering' van het internationaal privaatrecht.⁵¹ Deze tendens houdt onder meer in dat er ook in (continentaal) Europa, waar het internationaal privaatrecht traditioneel gezien wordt als een rechtsgebied met als belangrijkste functie de afbakening van staatsmacht en de op geografische criteria gebaseerde toedeling van internationale privaatrechtelijke rechtsverhoudingen aan één van de betrokken (meestal: het nauwst betrokken) rechtssystemen, meer aandacht ontstaat voor de beleidsdoelen en reguleringspretenties van de betrokken rechtssystemen. Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in de Rome II Verordening, waarin een conflictregel is opgenomen die

⁵⁰ Zie nader: Enneking 2012(1), p. 513–521.

⁵¹ Zie uitgebreid: Symeonides 2014, p. 289–344.

beoogt te bewerkstelligen dat in gevallen van grensoverschrijdende milieuschade dat systeem van aansprakelijkheidsrecht van toepassing verklaard wordt dat het hoogste niveau van milieubescherming biedt.⁵²

Ontwikkelingen zoals deze, waarbij publieke belangen en beleidsoverwegingen in feite een *comeback* maken binnen een rechtsgebied dat lange tijd beschouwd werd als neutraal en regelblind, laten zien dat er allerlei verschuivingen gaande zijn van de grenzen tussen publiek en privaat die hoogst relevant zijn voor de inzet van het civiele aansprakelijkheidsrecht als een instrument niet alleen voor de beïnvloeding van het gedrag van private actoren in algemene zin, maar ook voor het bewerkstelligen van internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemerschap in het bijzonder.

6 VERSCHUIVENDE GRENZEN TUSSEN PUBLIEK EN PRIVAAT IN DE CONTEXT VAN FOREIGN DIRECT LIABILITY CASES

Het moge duidelijk zijn dat de huidige tendens richting *foreign direct liability cases* die zich voordoet in Westerse maatschappijen wereldwijd verschillende aspecten blootlegt van de verschuivende – of, wellicht beter: vervagende – grenzen tussen publiek en privaat. In een gemonialiseerde wereld waarin internationaal opererende ondernemingen in potentie net zoveel of zelfs meer invloed uitoefenen op de mens en milieu gerelateerde belangen van werknemers, omwonenden en gemeenschappen in gastlanden dan de overheden van de betrokken landen zelf rijzen fundamentele vragen betreffende de verantwoordelijkheid om die belangen te beschermen en te bevorderen en, in het verlengde daarvan, betreffende de aansprakelijkheid voor schendingen van die belangen. Over het antwoord op de vraag of deze bedrijfsactoren binnen de internationale rechtsorde gezien kunnen worden als dragers van directe verplichtingen bijvoorbeeld waar het gaat om het naleven van internationale mensenrechtennormen bestaat vooralsnog onduidelijkheid. Omgekeerd lijkt een arbitrageprocedure als aangespannen door Chevron tegen Ecuador naar aanleiding van een in dat land door Ecuadorianen aangebrachte civiele aansprakelijkheidsprocedure tegen het bedrijf, te suggereren dat multinationals in ieder geval op bepaalde vlakken in rechte gezien worden als gelijkwaardig aan staten.

Los van de vraag in hoeverre het internationaal publiekrecht internationaal opererende bedrijfsactoren ziet als internationale rechtssubjecten, kan geconstateerd worden dat hen in de wereldwijde discussies over internationaal MVO in ieder geval wel bepaalde verantwoordelijkheden worden toegedicht ten aanzien van het welzijn van degenen die zij met hun bedrijfsactiviteiten beïnvloeden. Het *UN policy framework on Business and Human Rights* stelt buiten twijfel dat hoewel de verplichting tot het bieden van bescherming tegen

⁵² Zie in meer detail: Enneking 2008. Zie ook: Enneking 2014(2).

mensenrechtenschendingen in beginsel bij staten ligt, dit niet afdoet aan het feit dat ondernemingen een eigen verantwoordelijkheid hebben om te voorkomen dat zij met hun activiteiten direct of indirect een inbreuk maken op de mensenrechten van anderen. Internationale *soft law* instrumenten als de *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* bevestigen dit beeld en verbreden het naar een verantwoordelijkheid ten aanzien van mens en milieu in een meer algemene zin. En ook ondernemingen zelf lijken zich bewust van het feit dat er op dit vlak bepaalde verantwoordelijkheden voor hen liggen, in het bijzonder waar het gaat om hun internationale activiteiten, getuige de opkomst van allerhande gedragscodes en andere zelfreguleringsinitiatieven.

De tendens richting *foreign direct liability cases*, die centraal stond in deze bijdrage, voegt hieraan het element van civielrechtelijke aansprakelijkheid toe. Want verantwoordelijkheden kunnen zich onder omstandigheden ontwikkelen tot zorgplichten waarvan de (dreigende) schending in rechte gesanctioneerd wordt met aansprakelijkstelling en een daaraan gekoppelde verplichting om geleden schade te compenseren dan wel dreigende schade te voorkomen. Ook hier zien we vervagende grenzen tussen publiek en privaat, waar burgers – (potentiële) benadeelden en maatschappelijke belangenorganisaties – het initiatief in eigen hand nemen en trachten via civielrechtelijke juridische procedures maatschappelijk verantwoord gedrag af te dwingen bij internationaal opererende ondernemingen, door gevallen van onzorgvuldig gedrag in deze context in de thuislanden van de betrokken ondernemingen in rechte aan de kaak te stellen en te doen sanctioneren. Op die manier wordt op initiatief van private partijen via civiele rechters in die thuislanden een hoger beschermingsniveau afgedwongen voor maatschappelijke belangen in de betrokken gastlanden dan wordt geboden door aldaar geldende publiekrechtelijke normen en standaarden.

Interessant is ook dat het civiele aansprakelijkheidsrecht op deze manier in feite gebruikt wordt als een instrument voor normstelling en, daarmee samenhangend, de handhaving van al bestaande, geschreven of ongeschreven, nationale of internationale, *soft law* of *hard law*, normen en standaarden in deze context. De inzet van het civiele aansprakelijkheidsrecht op deze wijze is een uitermate relevante ontwikkeling, vooral gezien de schaarste aan adequate alternatieven waar het aankomt op de regulering van de grensoverschrijdende activiteiten van internationaal opererende ondernemingen. Daarbij moet echter wel in de gaten worden gehouden dat de inzetbaarheid van het civiele aansprakelijkheidsrecht als reguleringsmechanisme in deze context in hoge mate bepaald wordt door de geldende regels van internationaal privaatrecht ten aanzien van rechterlijke bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning en tenuitvoerlegging van ‘vreemde’ vonnissen. Een mogelijk toenemende ‘verpublicisering’ van het internationaal privaatrecht zou in dit opzicht een belangrijke rol kunnen spelen.

Deze ontwikkelingen zijn uitermate relevant, ook voor in Nederland gevestigde internationaal opererende ondernemingen en ook voor de Nederlandse rechtsorde. Zo hebben

Nederlandse rechters en beleidsmakers de afgelopen paar jaar te maken gekregen met verschillende *foreign direct liability cases*, waaronder de Kiobel-zaak, de Texaco/Chevron-zaak, de Trafigura-zaak en de Nederlandse Shell Nigeria-zaak. Gezien het grote aantal internationaal opererende ondernemingen met hoofd- of nevenvestigingen in ons land kan het niet anders dan het aantal procedures waarbij de Nederlandse rechtsorde direct of indirect betrokken is, alleen maar zal gaan toenemen in de (nabije) toekomst. Genoeg aanleiding dus voor een verdere (her)bezinning niet alleen door academici zoals ikzelf maar ook door bedrijven, beleidsmakers en de rechtspraak hier te lande op de maatschappelijke en juridische implicaties van de verschuivende (vervagende) grenzen tussen publiek en privaat die aan het licht worden gebracht door deze civiele aansprakelijkheidsprocedures in het kader van (internationaal) maatschappelijk onverantwoord ondernemerschap.

LITERATUUR

Asser/Vranken* 2005**

J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het nederlands Burgerlijk recht. Algemeen deel* ***. Een vervolg, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Vranken** 2014**

J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het nederlands Burgerlijk recht. Algemeen deel* ****. Een synthese, Deventer: Kluwer 2014.

Brand 2005

R.A. Brand, 'Private law and public regulation in U.S. courts', in: R.A. Brand, M. Walter (red.), *Private law, private international law – judicial cooperation in the EU-US relationship*, Eagan: Thomson/West 2005, p. 115–135.

Cane 2006

P. Cane, 'Are environmental harms special?', *Journal of Environmental Law* 2001, afl. 1, p. 3–20.

Chayes 1976

A. Chayes, 'The role of the judge in public law litigation', *Harvard Law Review* 1976, afl. 7, p. 1281–1316.

Cummings & Rhode 2009

S.L. Cummings, D.L. Rhode, 'Public interest litigation: insights from theory and practice', *Fordham Urban Law Review* 2009, afl. 36, p. 603–651.

Deva 2009

S. Deva, 'Public interest litigation in India: a critical review', *Civil Justice Quarterly* 2009, afl. 1, p. 19–40.

Elkington 1997

J. Elkington, *Cannibals with forks & The triple bottom line of 21st century business*, Oxford: Capstone Publishing Limited 1997.

Enneking 2008

L.F.H. Enneking, 'The common denominator of the Trafigura case, foreign direct liability cases and the Rome II Regulation', *European Review of Private Law* 2008, af. 2, p. 283–311.

Enneking 2012(1)

L.F.H. Enneking, *Foreign direct liability and beyond & Exploring the role of tort law in promoting international corporate social responsibility and accountability*, diss. UU, Den Haag: Eleven International Publishing, 2012.

Enneking 2012(2)

L.F.H. Enneking, 'Multinational corporations, human rights violations and a 1789 US statute: A brief exploration of the case of *Kiobel v. Shell*', *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2012, afl. 3, p. 396–400.

Enneking 2013(1)

L.F.H. Enneking, 'Zorgplichten van multinationals in Nederland: *Second best* zo slecht nog niet?', *Nederlands Juristenblad* 2013, afl. 12, p. 744–750.

Enneking 2013(2)

L.F.H. Enneking, 'Multinationals and transparency in foreign direct liability cases', *Dovenschmidt Quarterly* 2013, afl. 3, p. 134–147.

Enneking 2014(1)

L.F.H. Enneking, 'The future of foreign direct liability? Exploring the international relevance of the Dutch Shell Nigeria case', *Utrecht Law Review* 2014, afl. 1, p. 44–54.

Enneking 2014(2)

L.F.H. Enneking, 'Civiele aansprakelijkheid voor (dreigende) milieuschade in een internationale context', in: J. Bazelmans et al., *Duurzame handel in juridisch perspectief*, Den Haag: VMR 2014 (nog te verschijnen).

Enneking & De Jong 2014

L.F.H. Enneking, E. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via *public interest litigation*?', *Nederlands Juristenblad* 2014, afl. 23, p. 1542–1551.

Eijsbouts et al. 2010

A.J.A.J. Eijsbouts, F.G.H. Kristen, J.M. de Jongh, A.J.P. Schild, L. Timmerman, 'Maatschappelijk (verantwoord) ondernemen: naast, in of met recht?', in: A.J.A.J. Eijsbouts et al. (red.), *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2010-1, p. 3–37.

Friedman 1970

M. Friedman, 'The social responsibility of business is to increase its profits', *The New York Times Magazine*, 13 september 1970.

Hartlief 2009

T. Hartlief, *Anno 2010*, Amsterdam: deLex 2009.

Kerr et al. 2009

M. Kerr, R. Janda, C. Pitts, *Corporate social responsibility & A legal analysis*, Markham, Ontario: LexisNexis 2009.

Klaaren et al. 2011

J. Klaaren et al., *Public interest litigation in South Africa*, Bloomington: Indiana University Press 2011.

Luff 2011

P. Luff, 'Risk regulation and regulatory litigation', *Rutgers Law Review* 2011, afl. 61, p. 173–215.

Schall 2008

C. Schall, 'Public interest litigation concerning environmental matters before human rights courts: a promising future concept?', *Journal of Environmental Law* 2008, afl. 3, p. 417–453.

Symeonides 2014

S.C. Symeonides, *Codifying choice of law around the world: An international comparative analysis*, Oxford: Oxford University Press 2014.

*CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID VOOR (INTERNATIONAAL) MAATSCHAPPELIJK
ONVERANTWOORD ONDERNEMEN*

Van Boom 2006

W.H. van Boom, *Efficacious enforcement in contract and tort*, oratie EUR, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Vytopil 2012

L. Vytopil, 'Contractual Control and Labour-Related CSR Norms in the Supply Chain: Dutch Best Practices', *Utrecht Law Review* 2012, afl. 1, p. 155–169.

VAN VOORZORGBELEID NAAR VOORZORGVERPLICHTING

Over doorwerking van overheidsbeleid in aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen en over veranderende verantwoordelijkheden voor de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën

*Elbert de Jong**

1 FYSIEKE VEILIGHEID BIJ NIEUWE TECHNOLOGIEËN

1.1 *Een nieuwe rol voor het bedrijfsleven*

Er zijn ontwikkelingen gaande op het terrein van de fysieke veiligheid. Het waarborgen van de fysieke veiligheid bij de ontwikkeling en toepassing van nieuwe technologieën is een (eind)verantwoordelijkheid van de overheid.¹ De ervaring leert echter dat overheden moeilijkheden ondervinden bij het (publiekrechtelijk) bepalen en afdwingen van een adequate omgang met mogelijke risico's van nieuwe technologieën. De gedachtegang die men steeds meer in beleidskringen terugvindt is dat niet alleen de overheid verantwoordelijk is voor het (*de facto*) waarborgen van de fysieke veiligheid, maar dat het bedrijfsleven mede en soms zelfs primair verantwoordelijk is voor het (*de facto*) waarborgen van de fysieke veiligheid.² Van het bedrijfsleven wordt verwacht dat het actief werkt aan een veilige ontwikkeling en toepassing van nieuwe technologieën, ook al zijn de risico's omgeven met wetenschappelijke onzekerheid. Deze wens tot een nieuwe verdeling van verantwoordelijkheden krijgt uitwerking in verschillende reguleringsinstrumenten van de overheid op het gebied van nieuwe technologieën. Met de term reguleringsinstrumenten doel ik in dit artikel op het geheel aan maatregelen dat wordt genomen om de omgang met onzekere risico's gestalte te geven. Kenmerkend aan wat ik in dit artikel onder reguleringsinstrumenten

* Elbert de Jong is als promovendus verbonden aan het Ucall, *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* en is te bereiken via E.R.deJong@uu.nl. Het onderzoek voor dit artikel is afgerond op 22 mei 2014. Delen van dit artikel zijn gebaseerd op een hoofdstuk uit zijn proefschrift. De auteur dankt prof. Bärbel Dorbeck-Jung voor haar waardevolle commentaren op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 Deze verantwoordelijkheid is grondwettelijk vastgelegd. Zie art. 22 Grondwet. Vgl. ook art. 21 GW. Ook op het gebied van het EVRM komen steeds meer zogeheten positieve verplichtingen op de overheid te rusten.

2 Zie over de wens tot verschuiving ook Dorbeck-Jung 2011, p. 4–5.

ten versta is bovendien dat de genomen maatregelen van zachte aard zijn.³ Men kan denken aan instrumenten die erop zijn gericht het bedrijfsleven tot actie aan te zetten, bijvoorbeeld door kennisinstituten opgestelde gedragscodes of aanbevelingen om bepaalde voorzorgsmaatregelen te nemen. Men kan ook denken aan het van overheidswege inzetten op door het bedrijfsleven opgestelde gedragscodes, of om het bedrijfsleven verantwoordelijk te maken voor onderzoek naar mogelijke risico's.

De nieuwe verdeling van verantwoordelijkheden krijgt met name gestalte op het gebied van de regulering van de onzekere risico's van nanotechnologie. Maar het is aannemelijk dat in de toekomst eenzelfde benadering wordt gekozen bij de regulering van andere nieuwe technologieën. Het kabinet heeft de wens uitgesproken om, indien het 'nano-beleid' naar wens verloopt, dat beleid als blauwdruk te laten dienen voor de regulering van mogelijke risico's bij andere nieuwe technologieën.⁴ Deze wens past in een breder beeld van een veranderende (en beperktere) rol van de overheid op het terrein van de fysieke veiligheid.⁵

1.2 *Relevantie van aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen*

Niet alleen de hierboven beschreven verschuiving van verantwoordelijkheden en het door de overheid gevoerde beleid is relevant voor de rol van bedrijven bij het waarborgen van de fysieke veiligheid. Aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen beschrijven eveneens belangrijke verantwoordelijkheden van private actoren voor de omgang met onzekere risico's bij nieuwe technologieën. Een voorzorgverplichting is de aansprakelijkheidsrechtelijke zorgverplichting die toepasselijk is in de situatie waarin het op basis van objectief natuurwetenschappelijke maatstaven moeilijk (of onmogelijk) is om de (schadelijke) gevolgen van een bepaald handelen of nalaten te voorspellen. Voorzorgverplichtingen geven een rechtens afdwingbaar zorgniveau aan dat een actor in acht dient te nemen wanneer hij mogelijke risico's in het leven roept.⁶ Het lijkt erop dat bij het bepalen van de gewenste omgang met mogelijke risico's van nieuwe technologieën, beleidsmakers en bedrijven het aansprakelijkheidsrecht en daaruit voortvloeiende voorzorgverplichtingen uit het oog verliezen. Aandacht voor voorzorgverplichtingen en hun wisselwerking met het gevoerde voorzorgbeleid is evenwel wenselijk, omdat reguleringsinstrumenten van het voorzorgbeleid via doorwerking in voorzorgverplichtingen juridische werking kunnen krijgen.

3 Vanaf par. 4. wordt uitgebreider aandacht besteed aan de term reguleringsinstrumenten. Zie aldaar ook voor verwijzingen.

4 *Kamerstukken II* 2013–2014, 28 663, nr. 55, p. 11–12; *Kamerstukken II* 2012–2013, 29 338, nr. 124, p. 1.

5 *Kamerstukken II* 2013–2014, 28 663, nr. 55, p. 13; *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 930, nr. 1, p. 126–127; WRR 2011; Hartlief 2009, p. 78–79; Hartlief 2014, p. 135; Rijnhout e.a. 2013, p. 174.

6 Zie par. 7 voor een uitgebreidere bespreking van de term voorzorgverplichting.

1.3 *Probleemstelling & route*

In deze bijdrage wordt onderzocht hoe de reguleringsinstrumenten die worden ingezet om de omgang met onzekere risico's bij nieuwe technologieën gestalte te geven, de inhoud van aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen kunnen beïnvloeden. Daarbij wordt, mede in het licht van de wens om de ondernomen reguleringsactiviteiten ook bij andere nieuwe technologieën toe te passen, gekeken naar de voor- en nadelen van deze juridische doorwerking.⁷ Het beleid ten aanzien van de onzekere risico's van nanotechnologie dient als *case study*. Als eerste wordt, als achtergrondinformatie, aandacht besteed aan de voor- en nadelen van nanotechnologie (par. 2). Daarna wordt besproken dat het opstellen van publiekrechtelijke normen om verscheidene redenen problematisch verloopt (par. 3). Om toch tot actie over te gaan worden andersoortige reguleringsactiviteiten ondernomen (par. 4). Deze activiteiten zijn er onder meer op gericht om de publieke zorg voor de fysieke veiligheid uit te besteden aan bedrijven, door het bedrijfsleven primair de verantwoordelijkheid te geven en daadwerkelijk te laten nemen voor de omgang met onzekere risico's. Er worden vier reguleringsinstrumenten besproken (par. 5). Eveneens komen de voor- en nadelen van het beleid voor een goede risicoregulering aan de orde (par. 6). Vervolgens wordt de formulering van een voorzorgverplichting van bedrijven voor onzekere risico's besproken (par. 7). Op verscheidene manieren kunnen de geïdentificeerde reguleringsinstrumenten de inhoud van een voorzorgverplichting beïnvloeden (par. 8). Ook worden gezichtspunten onderzocht die dienstbaar kunnen zijn bij het bepalen in hoeverre doorwerking op zijn plaats is. Afgesloten wordt met een discussie over de voor- en nadelen van de doorwerking voor het aansprakelijkheidsrecht (par 9).

2 NANOTECHNOLOGIE

2.1 *De beroemde woorden van Richard Feynman*

Het is 29 december 1950. Op het *California Institute of Technology* worden door (de beroemde) fysicus Richard Feynman de woorden uitgesproken die worden gezien als de geboorte van een nieuwe technologie: '*When we get to the very, very small world – say circuits of seven atoms – we have a lot of new things that would happen that represent completely new opportunities for design. [...] So, as we go down and fiddle around with the atoms down there, we are working with different laws, and we can expect to do different things. We can*

⁷ Ik spreek nadrukkelijk van juridische doorwerking. In de beleidskundige literatuur wordt doorwerking ook begrepen als de mate waarin een instrument daadwerkelijk wordt nageleefd. Zie Dorbeck-Jung 2012, p. 19.

*manufacture in different ways.*⁸ Thans, meer dan 60 jaar na Feynmans speech, is nanotechnologie een wetenschappelijke en economische realiteit.

Nanotechnologie staat voor het beheersen en creëren van materie op nanoschaal en een nanoschaal wordt doorgaans gekarakteriseerd door een dimensie van 1 tot 100 nanometer. Ter illustratie: de diameter van één menselijk haar is ongeveer 80.000 nanometer.⁹ Deeltjes op nanoschaal bestaan al duizenden jaren in de natuur, maar de nieuwheid van nanotechnologie is dat men in staat is om de deeltjes doelbewust te creëren, te bewerken en op bepaalde manieren te gebruiken in productieprocessen. Men kan hierbij denken aan een veelvoud van verschillende deeltjes zoals nanozilver, nanogoud en koolstofnanobuisjes. Als gevolg van de technologie krijgen bestaande deeltjes nieuwe eigenschappen en karakteristieken en worden nieuwe fenomenen mogelijk die voorheen niet mogelijk waren.¹⁰

2.2 *Economische race naar voren*

De technologische potentie van nanotechnologie vertaalt zich langzaamaan ook in een klinkklare economische realiteit. Het RIVM signaleerde tussen 2007 en 2010 een zesvoudige stijging van het aantal producten waarbij nanotechnologie was gebruikt op de Europese markt.¹¹ Op allerlei gebieden wordt nanotechnologie gebruikt en op sommige terreinen kan het revolutionaire ontwikkelingen met zich brengen.¹² Ook in beleidskringen is de (economische) potentie van de technologie opgevallen. Het doel van het kabinet is om in de mondiale 'nano-top-vijf' mee te draaien, waarvoor we de concurrentiestrijd moeten aangaan met landen als Zwitserland en de VS.¹³

2.3 *Wat is het (mogelijke) probleem?*

Maar zoals bij vele goede kansen zijn er mogelijkserwijs ook kwade kansen. In de wetenschap zijn indicaties van verschillende ernstige risico's die mens en milieu mogelijkserwijs lopen wanneer zij worden blootgesteld aan bepaalde nanodeeltjes. De beschikbare data worden evenwel nog niet als sterk en coherent genoeg beschouwd om de vermoedens te bevestigen noch om ze weg te nemen.¹⁴ Desalniettemin hebben de wetenschappelijke vermoedens

8 Feynman 1960, p. 6.

9 NNI 2014.

10 Zie bijv. Cassee 2013, p. 10.

11 RIVM 2011. In de VS is bijvoorbeeld de verwachting dat in 2020 5 % van het BNP gerelateerd is aan nanotechnologie; <http://www.nnin.org/news-events/spotlights/nanotechnology-careers>.

12 *Kamerstukken II* 2011–2011, 29 338, nr. 110, p. 6. Men kan denken aan de elektronicasector, medische sector, de bouw, energiesector, schoonmaaksector, auto-industrie en verf- en drukindustrie.

13 *Kamerstukken II* 2010–2011, 29 338, nr. 105, p. 2.

14 Het ligt buiten het bestek van deze bijdrage om de verschillende typen en oorzaken van onzekerheid nader te belichten. Zie nader De Jong 2014.

geleid tot zorgen over de veiligheid van bepaalde nanodeeltjes. Voor een belangrijk deel bestaan er zorgen aangezien een aanzienlijk aantal mensen kan worden blootgesteld aan nanodeeltjes.¹⁵ De voornaamste zorgen richten zich op de veiligheid van werknemers die de deeltjes kunnen inhaleren.¹⁶ Uit een TNO-onderzoek blijkt dat in Nederland blootstelling met name mogelijk is in de verf- en drukinktindustrie, metaal-oppervlaktebehandeling, bouw, autoschadeherstel- schoen- en de textielindustrie.¹⁷ Maar ook consumenten kunnen worden blootgesteld, bijvoorbeeld wanneer zij zonnebrandcrème gebruiken waarin nanozilver is verwerkt.¹⁸ Ook zijn zorgen geuit over de wetenschappers die onderzoek doen met nanodeeltjes. Gezien de mogelijke risico's (en de angst voor asbest-achtige perikelen) is in beleidskringen doorgedrongen dat de focus bij de ontwikkeling en toepassing van de techniek ook op de kwade kansen moet liggen. Actie is geboden, zeker wanneer men bedenkt dat producten met nanodeeltjes in hoog tempo de markt veroveren, zodat het aantal mensen dat een mogelijk risico loopt ook toeneemt.

3 PUBLIEKRECHTELIJKE PERIKELEN

3.1 Een gebrek aan 'nano-specifieke' regels

De benodigde actie kan gestalte krijgen door publiekrechtelijke normering van het gedrag van bedrijven die de technologie ontwikkelen en/of toepassen in producten. Tot op heden blijkt het evenwel problematisch om de vereiste omgang met de mogelijke risico's van nanotechnologie vast te leggen in (nationale) publiekrechtelijke normen.¹⁹ Daarnaast is het, als gevolg van de nieuwheid van nanodeeltjes, de vraag of de huidige regelgeving (toepasselijk en) adequaat is. In de ogen van het kabinet is dit niet het geval. Men stelt dat een juridisch kader waarin de verantwoordelijkheden van de betrokkene actoren zijn vastgelegd, ontbreekt of ontoereikend is.²⁰

Enkele voorbeelden van een gebrek aan (adequate) publiekrechtelijke normering vindt men op het terrein van werkgerelateerde veiligheid en op het terrein van het op de markt brengen van chemische agentia. Op het gebied van werkgerelateerde veiligheid ontbreken

15 Zie ook Spier 2014, onder het kopje 'een boze wereld'. In de literatuur wordt (mijns inziens te voorbarig) zelfs de vergelijking getrokken met asbest.

16 De zorgen richten zich met name op deeltjes die zich los in de lucht kunnen bevinden en kunnen worden geïnhaleerd. Vgl. Cassee 2013, p. 12.

17 *Kamerstukken II* 2010–2011, 29 338, nr. 110, p. 8.

18 Recentelijk verbood het Amerikaanse EPA de verkoop van producten met ongeregistreerde nanozilverdeeltjes. <http://yosemite.epa.gov/opa/admpress.nsf/d0cf6618525a9efb85257359003fb69d/6469952cd9c19a4585257cac0053e637!OpenDocument>.

19 Zie par. 3.2. voor een verklaring waarom het opstellen van publiekrechtelijke normen moeilijk is.

20 *Kamerstukken II* 2012–2013, 29 338, nr. 124, p. 2; zie ook Vogelegang-Stoute e.a. 2010.

nano-specifieke regels in het geheel.²¹ Met betrekking tot de Europese REACH verordening, waarin regels staan opgesteld voor het op de markt brengen van chemische agentia, is het onzeker of en welke nanodeeltjes onder de regels vallen. Een belangrijke oorzaak hiervan is (wetenschappelijke) onenigheid over een definitie van nanodeeltjes.²² De aanpassing van de REACH verordening verloopt dan ook langzaam.²³

3.2 *Wat bemoeilijkt het opstellen van ‘nano-specifieke’ publiekrechtelijke normen?*

Er is een aantal verklaringen te geven waarom het opstellen van publiekrechtelijke normen (op internationaal niveau) moeilijk of onwenselijk is.²⁴ Deze verklaringen zijn niet ‘nano-specifiek’ en kunnen ook een rol spelen bij andere nieuwe technologieën. Daarnaast zijn de verklaringen gerelateerd aan kennisgebreken. Idealiter is regelgeving *evidence based*. Als gevolg van de hieronder te bespreken verklaringen komt het *evidence based* karakter van regelgeving evenwel onder druk te staan. Tot slot vormen de verklaringen belangrijke redenen om bepaalde reguleringsinstrumenten te gebruiken. Dit wordt nader besproken in par. 4.

3.3 *Verklaring I: natuurwetenschappelijke onzekerheid*

Een eerste verklaring is gerelateerd aan natuurwetenschappelijke onzekerheid over verschillende aspecten van de mogelijke risico's. In een periode waarin er substantiële wetenschappelijke onzekerheid is over verschillende aspecten van een risico, is het lastig om de geschikte omgangsvormen met de risico's te bepalen. Men kan in dit verband stellen dat het opstellen van regels wordt bemoeilijkt door natuurwetenschappelijke ambiguïteit. Hiermee wordt bedoeld dat, als gevolg van een gebrek aan coherente data, verschillende (verantwoorde) interpretaties kunnen worden gegeven aan dezelfde wetenschappelijke gegevens, waardoor het moeilijk is om op natuurwetenschappelijke gronden de feitelijke noodzakelijkheid van een bepaalde regel te bepalen. Zo moeten eerst nog de juiste test- en meetmethoden worden ontwikkeld om de risico's te kunnen signaleren. Ook is er onzeker-

21 *Kamerstukken II* 2012–2013, 22 112, nr. 1506, p. 5.

22 Maynard 2011; Recent OECD 2014. Het formuleren van een definitie is ten eerste moeilijk vanwege de nieuwheid van de deeltjes, waardoor het lastig is om de onderscheidende en toxische eigenschappen van de deeltjes te bepalen. Ten tweede, omdat de onderscheidende karakteristieken per nanodeeltje verschillen is het moeilijk om een overkoepelende definitie te geven. Hierdoor is een *case by case* benadering nodig.

23 In de ogen van sommige landen té langzaam. In 2013 stuurde Nederland (met 9 andere lidstaten en Kroatië) bijvoorbeeld een brief naar de Commissie waarin het aandrang op een versnelling van de procedure om de regels aan te passen en waarin het vroeg om strengere veiligheidseisen; tweede bijlage bij *Kamerstukken II* 2012–2013, 29 338, nr. 124.

24 Zie in het kader van klimaatverandering Enneking & De Jong 2014.

heid over de effectiviteit van bepaalde risicomanagementsystemen, met als gevolg dat het moeilijk is om te bepalen of bepaalde voorzorgsmaatregelen noodzakelijk zijn.²⁵ Natuurwetenschappelijke ambigüiteit leidt meestal ook tot verschillende oordelen over de vereiste aard en omvang van de benodigde risicoregulering.²⁶ Zo zijn in de ogen van sommige nano-wetenschappers de zorgen over de veiligheid van nanodeeltjes bijvoorbeeld gebaseerd op voorbarige wetenschap, terwijl andere menen dat blootstelling aan nanodeeltjes gevaarlijk is.²⁷ In deze situatie ontstaat een zogeheten onzekerheidsparadox: om te kunnen oordelen over de aanvaardbaarheid van wetenschappelijke onzekere risico's wil men een bepaalde mate van zekerheid hebben, maar de wetenschap kan juist daarin niet voorzien aangezien de wetenschappelijke onzekerheid een aanleiding is om te normeren.²⁸ In deze situatie acht men het voorbarig om specifieke publiekrechtelijke normen op te stellen.

3.4 *Verklaring II: gebrek aan informatie & specialisme*

Daarnaast ontbreekt het regelgevers vaak aan de (de toegang tot de) nodige kennis en specialisme die benodigd is om de risico's goed te kunnen inschatten. Een gebrek aan specialisme is op het terrein van nanotechnologie problematisch omdat men, ten einde de mogelijke risico's van nanotechnologie te begrijpen, interdisciplinaire inzichten van natuurwetenschappelijke aard nodig heeft. Dit specialisme wordt wel (althans meer) aanwezig geacht bij het grote en gespecialiseerde bedrijfsleven.²⁹

Een gebrek aan (toegang tot de nodige) kennis kan bijvoorbeeld leiden tot problemen bij het verkrijgen van overzicht over de problematiek. Aangezien nanotechnologie op een groot aantal verschillende gebieden wordt toegepast, moet men overzicht krijgen op de verschillende toepassingsgebieden en de daar spelende problemen. Los van de tijd en inspanning die het kost om gedetailleerde informatie te vergaren, is het verkrijgen van overzicht alleen al problematisch omdat regelgevers veelal informatie missen over waar en in welke producten nanodeeltjes worden verwerkt. Deze informatie lijkt intern bij bedrijven wel voorhanden te (kunnen) zijn.³⁰ Bij een gebrek aan verplichte registratie van het gebruik van nanodeeltjes, blijft het voor regelgevers moeilijk om een overzicht te krijgen van de verschillende toepassingen van nanodeeltjes.³¹

²⁵ Dorbeck-Jung 2011, p. 6.

²⁶ Klinke & Renn 2002, p. 1085.

²⁷ Zie hierover bijvoorbeeld Hansen e.a. 2013.

²⁸ Concept ontleend aan Van Asselt & Vos 2006.

²⁹ Zie nader par. 6. 3. Deze verklaring is ook een belangrijke verklaring waarom men verantwoordelijkheden wil verschuiven naar het bedrijfsleven.

³⁰ *Kamerstukken II* 2011–2012, 22 112, nr. 1506, p. 7.

³¹ In sommige landen, zoals België en Frankrijk is registratie van het gebruik van bepaalde nanodeeltjes al wel verplicht. In Europees verband worden de voor- en nadelen van een registratieplicht thans onderzocht.

3.5 Verklaring III: snelheid van ontwikkelingen op de markt

Ten derde bestaat het gevaar dat de kennis op basis waarvan genormeerd wordt, achterhaald is. Niet zelden lopen regelgevers, als gevolg van enerzijds lange wetgevingsprocedures en de complexe en langdurige aard van wetenschappelijke onzekerheid en anderzijds de snelheid in de technologie en de markt, achter de technologische en economische feiten aan.³² Hier ligt het gevaar van een *latency lacuna* op de loer, waarmee wordt bedoeld dat de omstandigheden voor een regelgever te snel veranderen, met als gevolg dat de regels niet zien op de nieuwe situatie en niet meer adequaat zijn voor de nieuwe situatie.³³ Dit gevaar wordt versterkt door het feit dat aan de beginfase van de ontwikkeling van een nieuwe technologie, de verleiding bestaat om ervan uit te gaan dat de bestaande regels afdoende de nieuwe situatie dekken, terwijl dit naar verloop van tijd niet het geval blijkt te zijn.³⁴ Daarom acht men meer flexibeler omgangsvormen met onzekere risico's noodzakelijk.³⁵

3.6 Verklaring IV: internationale aard van technologische ontwikkelingen

Een vierde verklaring is gerelateerd aan de internationale aard van de ontwikkeling van de technologie. Nanotechnologie wordt in internationaal verband ontwikkeld en toegepast. Afstemming van de regels op internationaal (met name EU) niveau is wenselijk en wordt door het kabinet gezien als belangrijkste route van normstelling. Maar onder meer vanwege uiteenlopende gezichtspunten ten aanzien van het wenselijke veiligheidsniveau kost het veel tijd om op internationaal niveau regelgeving te vervaardigen.³⁶

Het opstellen van nationale regelgeving is, vanuit een economisch perspectief, ook niet ideaal. Overheden willen zich, vanwege de economische potentie van de technologie, niet (al te veel) uit de internationale markt reguleren en daarmee het (eigen) bedrijfsleven op achterstand stellen. Dit geldt met name voor landen die de ontwikkeling van nanotechnologie als één van de speerpunten voor de toekomst hebben gemaakt, zoals Nederland. Anderzijds ziet men dat bij gebrek aan internationale actie, landen zelf al de nodige

Kamerstukken II 2010–2011, 29 338, nr. 100, p. 4. In de VS verbood de E(nvironmental) P(rotection) A(gency) onlangs het op de markt brengen van ongeregistreerde producten met nanozilver. Zie voetnoot 13.

32 Maxim & Van der Sluijs 2011; Linkov e.a. 2009.

33 In principe is dit probleem ook gerelateerd aan een gebrek aan kennis.

34 Ludlow, Bowmand & Kirk 2009.

35 De reguleringsinstrumenten die worden besproken in par. 5 zouden hierin kunnen voorzien.

36 De in voetnoot 22 aangehaalde brief van de Nederlandse regering over de aanpassing van REACH is tekenend.

maatregelen nemen.³⁷ Dit kan leiden tot verschillende veiligheidsstandaarden, hetgeen met name problematisch is voor internationaal opererende bedrijven.³⁸

4 DE BASIS VAN DE REGULERINGSACTIVITEITEN: HET VOORZORGBELEID

4.1 *Noodzaak tot actie*

De Nederlandse overheid beseft dat stilzitten géén optie is.³⁹ Daarvoor zijn de mogelijke risico's te ernstig en te omvangrijk. Bovendien hebben lessen uit het verleden geleerd dat (te lang) stilzitten en wachten op zekerheid ernstige consequenties voor de maatschappij en individuele slachtoffers kan hebben. Asbest, DES, klimaatverandering en roken zijn belangrijke voorbeelden. Het kabinet acht een pro-actieve omgang met de onzekere risico's derhalve een belangrijke voorwaarde voor het maximaal benutten van de goede kansen van nanotechnologie.⁴⁰ Het kabinet streeft hierbij 'naar een situatie waarin mens en milieu geen of slechts verwaarloosbare risico's lopen bij de toepassing van nanodeeltjes'.⁴¹ Om de pro-actieve omgang gestalte te geven, zet de overheid een aantal reguleringsinstrumenten in om een veilige omgang met nanodeeltjes af te dwingen. Soortgelijke ontwikkelingen ziet men in andere westerse landen.⁴²

4.2 *Het voorzorgbeginsel*

Het voorzorgbeginsel – dat een normatief kader verschaft voor de omgang met onzekere risico's – dient als basis voor het beleid.⁴³ We kennen dit beginsel vanuit het internationale milieurecht en het Europese recht. Maar het beginsel is ook in beleidskundige kringen aan een opmars bezig.⁴⁴ In de (beleids- en risicokundige) literatuur wordt het beginsel breed aanvaard als een principe dat ten grondslag ligt aan een nieuw beleidsparadigma voor de omgang met onzekere risico's. In Nederlands verband hebben belangrijke beleidsadviesorganen als de WRR en de Gezondheidsraad, op aanvraag van het (destijds zittende) kabinet

³⁷ Zie voetnoot 22 en 30.

³⁸ Een voorbeeld vindt men in het aanzienlijke aantal gedragsnormerende aanbevelingen over de omgang met nanodeeltjes, zoals nader wordt besproken in par. 5.4.

³⁹ Al was het maar omdat de overheid ingevolge de grondwet hiertoe verplicht is. Zie voetnoot 1.

⁴⁰ *Kamerstukken II* 2009–2010, 29 338, nr. 93, p. 5; *Kamerstukken II* 2010–2011, 29 338, nr. 105, p. 2.

⁴¹ *Kamerstukken II* 2010/11, 29 338, nr. 100, p. 2.

⁴² Waaronder de VS, Australië en Duitsland. Voorbeelden worden gegeven in par. 5.

⁴³ De literatuur over het beginsel is oneindig. Zie bijv. Faure & Vos 2003. Zie recent met verwijzingen De Jong 2014.

⁴⁴ Klinke & Renn 2002; WRR 2008; Gezondheidsraad 2008. Zie voor lessen: *Kamerstukken II* 2012–2013, 29 338, nr. 124, p. 5.

de globale uitwerkingen van dit nieuwe beleidsparadigma geschetst. Het kabinet heeft de relevantie van deze uitwerkingen bevestigd door te stellen dat het beginsel en de uitwerkingen daarvan in de rapporten van de WRR en de Gezondheidsraad als uitgangspunt dienen bij de regulering van nieuwe technologieën.⁴⁵

Het voorzorgbeginsel verschaft aanknopingspunten voor onder meer de *inhoud* van verantwoordelijkheden ten aanzien van mogelijke risico's en voor de *verdeling* van deze verantwoordelijkheden.

4.3 *De inhoud van verantwoordelijkheden*

De kernboodschap van het beginsel is dat wetenschappelijke onzekerheid over (het bestaan van) een risico géén geldige reden is tot stilzitten. Een belangrijke reden voor de opkomst van het voorzorgbeginsel is dat lessen uit het verleden leren dat vaak ten onrechte wetenschappelijke onzekerheid is gebruikt als een rechtvaardiging om géén actie te ondernemen, terwijl achteraf duidelijk is geworden dat actie wel geboden was. Bovendien beseft men dat wetenschappelijke onzekerheid langdurig en complex van aard is. In bepaalde gevallen is, ingevolge het voorzorgbeginsel, derhalve zelfs actie vereist. Dit is het geval indien er plausibele vermoedens zijn van het bestaan van een risico en een onverhoopte verwezenlijking van het mogelijke risico onaanvaardbare negatieve effecten met zich kan brengen. Zoals uit par. 4.1 blijkt, doet deze situatie zich in de ogen van het kabinet voor ten aanzien van de mogelijke risico's van nanotechnologie. Dat is gezien de zorgen in de wetenschap overigens niet verwonderlijk.

4.4 *Verdeling van verantwoordelijkheden*

Een centraal element aan het voorzorgbeleidsparadigma is dat het nieuwe vormen van samenwerkingen voorschrijft tussen publieke en private actoren. Een pro-actieve omgang met de mogelijke risico's van een nieuwe technologie wordt gezien als een gedeelde verantwoordelijkheid van overheden en het bedrijfsleven. Hierbij krijgt het bedrijfsleven (nadrukkelijk) primair de verantwoordelijkheid toegewezen.⁴⁶ De verdeling (en de verschuiving) van verantwoordelijkheden zal blijken uit de in de volgende paragraaf te bespreken reguleringsinstrumenten. Daarbij kan niet onvermeld blijven dat bedrijven ook vrijwillig verantwoordelijkheden formuleren om de fysieke veiligheid te waarborgen. Ook dit punt komt vanaf par. 5 aan de orde.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2008–2009, 29 338, nr. 80, p. 1 e.v.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2010–2011, 29 338, nr. 105, p. 2; *Kamerstukken II* 2010–2011, 29 338, nr. 100, p. 2; *Kamerstukken II* 2013–2014, 28 663, nr. 55, p. 11–13.

5 REGULERINGSTRUMENTEN

5.1 *Twee kenmerken: zachte reguleringsinstrumenten en verdeling verantwoordelijkheden*

Om het voorzorgbeleid in praktijk te brengen en een pro-actieve omgang met onzekere risico's gestalte te geven, onderneemt de overheid reguleringsactiviteiten met behulp van verscheidene instrumenten. In de aankomende paragrafen worden de reguleringsinstrumenten besproken. In par. 5.1 komen eerst de algemene kenmerken van de instrumenten aan de orde. Tevens worden de redenen besproken waarom de betreffende reguleringsinstrumenten worden gehanteerd. Ook wordt besproken waarom men – door middel van de bedoelde instrumenten – private actoren mede of zelfs eindverantwoordelijk wil maken. Vanaf par. 5.2 worden de instrumenten afzonderlijk belicht.

Een eerste belangrijk kenmerk is dat de instrumenten een gedragsnormerend doel hebben.⁴⁷ Hieronder vallen zowel instrumenten die aangeven welke voorzorgsmaatregelen een actor dient te nemen, als de instrumenten – zoals het doen van onderzoek – die dienen als voorbereiding op het vaststellen van het gewenste gedrag. Daarnaast zijn de instrumenten van juridisch zachte aard.⁴⁸ De ingezette instrumenten hebben geen (directe) juridische werking.⁴⁹ Dit uit zich in het feit dat de manier waarop bedrijven dienen om te gaan met onzekere risico's niet wordt vastgelegd in wettelijke regels. Daarnaast beogen de opstellers van het beleid niet dat naleving van de doelen die worden gediend met de maatregelen met behulp van juridische handhavingsmechanismen worden afgedwongen. De inzet van de instrumenten dient wel een gedragsnormerend doel, maar in tegenstelling tot bijvoorbeeld publiekrechtelijke normering wordt dit doel géén kracht bijgezet door juridische handhavingsmechanismen. Een belangrijke nuance op het gebrek aan juridische handhavingsmechanismen is dat, zoals in par. 7 wordt uitgewerkt, bepaalde reguleringsinstrumenten via het aansprakelijkheidsrecht wél juridisch relevantie kunnen krijgen.

Een reden om door middel van de hieronder te bespreken reguleringsinstrumenten de omgang van private actoren met onzekere risico's van nanotechnologie gestalte te geven, is dat de periode van aanzienlijke wetenschappelijke onzekerheid kan worden overbrugd, zonder dat in die periode wordt stilgezet.⁵⁰ Men hoeft géén lange wetgevingsprocedure te doorlopen om regels op te stellen. Terwijl maatregelen worden genomen kan in de tus-

47 Vgl. Bowman & Hodge 2009, p. 152 en Malloy 2012, p. 352.

48 Ik ben me ervan bewust dat men het opstellen van wettelijke regels ook als een reguleringsinstrument kan zien. Ter afbakening van deze bijdrage doe ik dat niet.

49 Abbott, Marchant & Corley 2012, p. 285 e.v.; Malloy 2012, p. 348.

50 Dorbeck-Jung & Van Amerom 2008, p. 138.

sentijd aan wettelijke normering worden gewerkt en, mocht voldoende zekerheid en kennis vergaard zijn, kunnen alsnog vaste(re) regels worden vastgesteld. De instrumenten worden dus ingezet om de onzekerheidsparadox (par. 3.3) te omzeilen.⁵¹ Beleid zou bovendien als voordeel hebben dat het flexibeler is dan publiekrechtelijke normering, waardoor sneller ingesprongen kan worden op nieuwe wetenschappelijke inzichten of ontwikkelingen in de technologie. Men tracht, met andere woorden, het in par. 3.4 beschreven gevaar van een *latency lacuna*, waardoor publiekrechtelijke regels snel verouderd zijn, weg te nemen.⁵² In de literatuur wordt overigens betwist of reguleringsinstrumenten de verwachtingen waar kunnen maken. Zo zijn met name door het bedrijfsleven opgestelde instrumenten niet altijd *up to date* of gebaseerd op incomplete informatie. Daarnaast kan de periode van het opstellen ook hier langdurig zijn.⁵³

Een tweede belangrijk kenmerk is dat de instrumenten er nadrukkelijk op gericht zijn om het bedrijfsleven (mede of zelfs eind) verantwoordelijk te maken voor een pro-actieve omgang met de onzekere risico's. In dat verband kan een onderscheid worden gemaakt tussen twee manieren waarop de verantwoordelijkheid voor het waarborgen van de fysieke veiligheid bij het bedrijfsleven wordt neergelegd. Ten eerste zijn er reguleringsinstrumenten die afkomstig zijn van de overheid of daaraan gelieerde (kennis)instituten, die ertoe strekken om het bedrijfsleven *aan te zetten* tot een bepaalde omgang met de mogelijke risico's. De inhoud van de verantwoordelijkheden is hierin bepaald door de overheid. Dit type is met name op het midden- en kleinbedrijf gericht.⁵⁴ Ten tweede wordt van het bedrijfsleven verwacht dat het *zelf bepaalt* wat de noodzakelijke en gewenste omgang met de mogelijke risico's is.⁵⁵ Hier ligt met name een taak voor het grote en gespecialiseerde bedrijfsleven. In sommige gevallen doen bedrijven dit zelfs vrijwillig.

5.2 Vier reguleringsinstrumenten

Men kan de gebruikte reguleringsinstrumenten onderverdelen in een viertal reguleringsinstrumenten.⁵⁶ Met de term reguleringsinstrument doel ik op het type maatregel dat wordt

51 De periode kan evenwel aanzienlijk zijn, aangezien wetenschappelijke onzekerheid vaak complex en langdurig van aard is.

52 Een ander voorbeeld dat genoemd wordt is dat men niet hoeft te wachten op internationale onderhandelingen en langdurige normstellingsprocedures. Meili & Widmer 2010, p. 455 – 459; Hondius 2006, p. 244.

53 Marchant 2014, p. 715; Hansen & Tickner 2007, p. 352.

54 Hierna: MKB.

55 Een interessante vraag is in hoeverre de overheid gezien de grondwettelijke en uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen die op de overheid rusten, reguleringstaken uit mogen besteden aan private actoren. Ik kan deze vraag in dit kader helaas niet behandelen.

56 Er spelen ook vragen op het terrein van risicocommunicatie en het betrekken van burgers bij het bepalen van de aanvaardbaarheid van mogelijke risico's. Ik zal me beperken tot beleidsmaatregelen die gerelateerd zijn aan private actoren en het waarborgen van de fysieke veiligheid.

genomen om de omgang met onzekere risico's gestalte te (kunnen) geven. In de aankomende paragrafen worden de instrumenten omschreven. Alvorens ik toekom aan de bespreking van de instrumenten, is een opmerking van methodologische aard van belang. In de beleidskundige en juridische literatuur zijn meerdere overzichten en categorisering van verschillende nano-specifieke reguleringsinstrumenten gemaakt.⁵⁷ De categorisering hieronder wijkt daarvan af, omdat de categorisering is gemaakt met het oog op de doorwerking van de instrumenten in aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen. Per instrument wordt besproken hoe getracht wordt de verantwoordelijkheid bij het bedrijfsleven neer te leggen of hoe getracht wordt het bedrijfsleven aan te zetten tot het nemen van zijn verantwoordelijkheid.

5.3 *Instrument I: signaleren van mogelijke risico's*

Een eerste reguleringsinstrument is om, door middel van fundamenteel onderzoek, mogelijke risico's zo vroeg mogelijk te signaleren. Het gaat in dit verband om het identificeren van kennisgebreken, het uitstippelen van onderzoeklijnen, het ontwikkelen van onderzoeksmethoden, het karakteriseren van nanodeeltjes en het testen van de deeltjes op risico's. Dergelijke kennis is essentieel om verantwoordelijkheden te kunnen formuleren. Om de gewenste omgang met risico's überhaupt te bepalen is, logischerwijs, wetenschappelijke kennis en zekerheid over het bestaan van (gezondheids)risico's nodig.

In dit verband ligt er traditioneel een taak voor de overheid. Zowel in binnen- als buitenland krijgen aan de overheid gelieerde kennisinstituten de taak om nieuwe risico's te signaleren.⁵⁸ De Nederlandse overheid streeft ernaar om 15% van het nano-budget uit te geven aan onderzoek naar mogelijke risico's.⁵⁹ Kenmerkend aan het beleid ten aanzien van nanotechnologie is dat de industrie wordt betrokken bij het uitvoeren en uitstippelen van onderzoeksprogramma's naar risico's.⁶⁰ Men tracht zoveel mogelijk gebruik te maken van de zienswijze en expertise van verschillende actoren, zoals wetenschappers, belangenorganisaties (vakbonden en consumentenorganisaties), het bedrijfsleven en overheden. Een belangrijk doel hiervan is om bedrijven aan te zetten om informatie te vergaren en te delen, hetgeen de snelheid en kwaliteit van het onderzoek ten goede zou komen.⁶¹ Daarnaast wordt van met name grote en gespecialiseerde bedrijven verwacht dat ze zelf onderzoek

57 Zie Reichow & Dorbeck-Jung 2013. Over gedragscodes en het civiele recht in het algemeen Menting & Vranken 2013, p. 24–30.

58 Voorbeelden hiervan zijn het Rijks Instituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), het Europese *Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks* (SCENIHR) en het Amerikaanse *National Nanotechnology Initiative* (NNI).

59 *Kamerstukken II* 2010–2011, 29 338, nr. 100, p. 7.

60 Illustratief voor Nederland zijn de programma's Nanolab en Nanonext. Zie voor het najaar 2014; <http://www.nanocity2014.com/>.

61 *Kamerstukken II* 2008–2009, 29 3380, nr. 80, p. 6.

doen. In 2014 stelde het kabinet dat het primair een verantwoordelijkheid van het bedrijfsleven is om mogelijke risico's te signaleren.⁶² In bepaalde gevallen is (met name in internationaal verband) het karakteriseren van nanodeeltjes en definiëren van risico's geheel overgelaten aan het bedrijfsleven.⁶³

5.4 *Instrument II: verspreiden van informatie over mogelijke risico's*

Een tweede instrument is dat informatie over ontwikkelingen in de wetenschappelijke kennis aangaande (mogelijke) gezondheidsrisico's onder de actoren in de nano-sector wordt verspreid. Door middel van nieuwsbrieven en andersoortige communiqués worden actoren voorzien van informatie over de nieuwste technologische ontwikkelingen en ontwikkelingen in de wetenschap aangaande de mogelijke risico's.⁶⁴ De informatie is met name afkomstig van aan de overheid gerelateerde veiligheids- en kennisinstituten, zoals het RIVM en de Arbeidsinspectie.⁶⁵ Het doel van de informatieverbreiding is om actoren zo vroeg mogelijk te attenderen op de mogelijke risico's en mogelijke voorzorgsmaatregelen, en hun zo aan te zetten om vroegtijdig actie te ondernemen.

Opvallend is dat de informatie zo is opgesteld dat de informatie begrijpelijk is voor het MKB. Dit heeft een duidelijke reden. De zorgen over de fysieke veiligheid (ook in internationaal verband) richten zich met name op middelgrote en kleine bedrijven die werken met nanodeeltjes. Men gaat er vanuit dat grote en gespecialiseerde bedrijven de expertise in huis hebben om te bepalen welke risico's er mogelijkere wijs spelen en welke acties nodig zijn, terwijl kleine(re) bedrijven deze kennis en specialisme vaak niet hebben. Men neemt aan dat zij meestal niet op de hoogte zijn van het feit dat er in hun bedrijfsvoering wordt gewerkt met nanodeeltjes en dat blootstelling aan deze deeltjes kan volgen.⁶⁶ Dit kennisgebrek tracht men met gerichte informatievoorziening te ondervangen. Tot slot is het van belang om te vermelden dat bedrijven vrijwillig onderling informatie over de risico's uitwisselen en soms zichzelf daartoe verplichten via zelfregulering. Sommige bedrijven communiceren ook op hun websites welke (mogelijke) risico's ze in hun bedrijfsvoering hebben ontdekt en hoe ze hiermee zijn omgegaan.

62 *Kamerstukken II* 2013–2014, 33 930, nr. 1, p. 126–127.

63 Dorbeck-Jung 2011, p. 9; Meili & Widmer 2010, p. 448. Zo wordt voor door middel van zelfregulering gewerkt aan een norm voor de karakterisering van nanodeeltjes in de lucht op de werkplek; PREN ISO 28439.

64 Men kan zich in het licht van recente EHRM rechtspraak afvragen of dit een op de staat rustende verplichting is. EHRM 5 december 2013, *JAR* 2014/72, m.nt. MSA Vegter. In het arrest werd een schending van art. 8 EVRM (respect voor recht op privéleven) aangenomen omdat de Noorse arbeidsinspectie had nagelaten duikers essentiële informatie te verschaffen over de langetermijneffecten – waarover in de wetenschap geen consensus bestond – van bepaalde duiktechnieken.

65 Bijv. <http://www.rivm.nl/nieuwsbrieven/NBR0-IT-0036.nsf/Laatste%20nieuws?OpenForm>. Zie ook Tassinari e.a. 2010, p. 179.

66 Zie in het algemeen COM(2007)62, p. 4.

5.5 *Instrument III: gedragsnormerende aanbevelingen*

Ten derde worden er aanbevelingen gedaan over de vereiste omgang met de mogelijke risico's. De aanbevelingen hebben een gedragsnormerend karakter; er ligt een normatieve verwachting in besloten over hoe een actor met de risico's dient om te gaan.⁶⁷ Men kan denken aan aanbevelingen van verschillende aard: handleidingen, stappenplannen of eenmalige waarschuwingen.⁶⁸ De aanbevelingen kunnen strekken tot verschillende voorzorgsmaatregelen, zoals het registreren van blootstellingssituaties, het wegnemen van blootstellingssituaties, het reduceren of voorkomen van blootstelling en het tijdelijke stoppen met het werken met nanodeeltjes. Er zijn ook aanbevelingen waarin principes en uitgangspunten voor de omgang met nanodeeltjes worden geformuleerd. Het is dan aan de actor om te bepalen welke voorzorgsmaatregelen benodigd zijn.

De aanbevelingen richten zich primair op een veilige omgang met nanodeeltjes op de werkvloer of het op de markt brengen van producten met nanodeeltjes. Wanneer men ook de uit het buitenland afkomstige aanbevelingen in ogenschouw neemt, dan kan gerust worden gesteld dat de hoeveelheid aanbevelingen aanzienlijk is.⁶⁹

Ook hier spelen aan de overheid gelieerde (kennis)instituten een belangrijke rol. Een Nederlands voorbeeld zijn door de SER opgestelde en aanbevolen (en door de minister aanbevolen) blootstellingswaarden, die werkgevers in acht kunnen nemen wanneer zij werken met nanodeeltjes. Deze referentiewaarden verschaffen werkgevers een tijdelijke leidraad voor het blootstellingsniveau waar zij onder zouden moeten blijven, zonder dat met zekerheid is vast te stellen dat de blootstellingswaarden veilig zijn.⁷⁰ In het buitenland (Amerika, Engeland, Australië, Duitsland) en vanuit de EU ziet men soortgelijke aanbevelingen voor een veilige omgang met nanodeeltjes op de werkvloer.⁷¹ Men kan ook denken aan meer op zichzelf staande aanbevelingen, bijvoorbeeld in de vorm van waarschuwingen. In een rapport van het SCENIHR uit 2009 worden producenten bijvoorbeeld gewaarschuwd voor de mogelijke gevaren van nanotechnologie.⁷² In Duitsland deed het *Duitse Bundesinstitut für Risikobewertung* de aanbeveling om af te zien van het gebruik van nanozilver in voedsel en andere artikelen voor dagelijks gebruik, totdat er genoeg informatie beschikbaar

67 Vgl. Bowman & Hodge 2009, p. 152.

68 Dorbeck-Jung & Van Amerom 2008, p. 135.

69 Zoals wordt uitgewerkt in par. 6.5 – 9.3 is dit een problematisch punt met het oog op de doorwerking van aanbevelingen in voorzorgverplichtingen.

70 *Kamerstukken II* 2012–2013, 25 883, nr. 215.

71 Zie voor onderzoekers die werken met nanodeeltjes COM 2008. Zie voor veiligheid op de werkvloer *fact sheets*: <https://osha.europa.eu/en/publications/e-facts/e-fact-74-nanomaterials-in-maintenance-work-occupational-risks-and-prevention>.

72 SCENIHR 2009, p. 54.

is om de risico's te kunnen toetsen.⁷³ Ten derde ziet men dat op specifieke terreinen bedrijven worden geacht zelf verantwoordelijkheden te formuleren. Ten slotte is van belang om op te merken dat bedrijven ook vrijwillig actie ondernemen. Door bedrijven worden de nodige aanbevelingen gedaan over de vereiste omgang met nanodeeltjes.⁷⁴

5.6 *Instrument IV: voorzorgsmaatregelen faciliteren met materialen*

Een laatste relevant reguleringsinstrument is dat materialen ter beschikking worden gesteld om de omgangsvormen in de praktijk te kunnen brengen.⁷⁵ Zo wordt door overheden gratis materiaal (bijv. een zogeheten *glovebox*) aan werkgevers ter beschikking gesteld waarmee blootstelling aan (bepaalde) nanodeeltjes kan worden voorkomen.⁷⁶ Ook grote bedrijven brengen, in het kader van de door hun zelf opgestelde gedragscodes en risicomangementsystemen, materialen (om bijvoorbeeld blootstelling te meten en te analyseren) op de markt.⁷⁷ Deze instrumenten kunnen prijzig zijn, waardoor het de vraag is of er een verplichting bestaat om dergelijke instrumenten te gebruiken.⁷⁸

6 ENKELE ARGUMENTEN VOOR EN TEGEN

6.1 *Vermeende voordelen en nadelen voor risicoregulering*

In de aankomende paragraaf worden enkele argumenten voor en tegen de nieuwe verdeling van verantwoordelijkheden voor de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën besproken. Indien nodig zullen de voor- en nadelen worden toegespitst op de hierboven geïdentificeerde reguleringsinstrumenten.

⁷³ Zie de website: http://www.bfr.bund.de/en/press_information/2011/10/safety_of_nano_silver_in_consumer_products__many_questions_remain_open-70234.html.

⁷⁴ Meili & Widmer 2010, p. 451. Zo kwam de *Swiss-retailing* organisatie met een *code of conduct* voor het gebruik van nanotechnologie in consumentenproducten. www.innovationsgesellschaft.ch/media/archive2/publikationen/CoC_nanotechnologies_english.pdf. Het chemiebedrijf BASF bijvoorbeeld kwam met een *code of conduct* waarin beschermende maatregelen worden aanbevolen die kunnen worden genomen en waarin werkplaatsblootstellingshoeveelheden worden genoemd. Reichow & Dorbeck-Jung 2013, p. 11.

⁷⁵ Meili & Widmer 2010, p. 451.

⁷⁶ <http://nano.stoffenmanager.nl/public/factsheets/FactsheetStoffenmanagerNano-Glovebox.pdf>.

⁷⁷ Meili & Widmer 2010, p. 451.

⁷⁸ Vgl. par. 8.4.

6.2 Voor I: maatschappelijk verantwoord innoveren

Ten eerste is de wens om het bedrijfsleven actief de fysieke veiligheid te laten waarborgen en om daarbij niet te wachten op wetenschappelijke zekerheid, ingegeven door een normatieve gedachte die ik duid met de term ‘maatschappelijk verantwoord innoveren’. Gezien het feit dat bedrijven de vruchten plukken van een succesvolle ontwikkeling van de technologie, mogen ze niet de ogen sluiten voor de mogelijke risico’s die de samenleving loopt en individuen lopen als gevolg van innovatie en de lasten (bijvoorbeeld in de vorm van het doen van onderzoek) die dit met zich brengt.⁷⁹ Door het bedrijfsleven verantwoordelijk te maken kan tegenwicht worden geboden aan het feit dat een bedrijfsmatige actor eerst zekerheid over het bestaan van een risico wil hebben, alvorens hij voorzorgsmaatregelen neemt.⁸⁰ Deze wens van zekerheid valt vanuit een economisch perspectief te verklaren. De voordelen van de onzeker risicovolle activiteit en de kosten van de voorzorgsmaatregelen doen zich op korte termijn voor, terwijl de risico’s zich *mogelijkerwijs* pas op lange termijn verwezenlijken. De uitwerking van deze economische rationale kan echter maatschappelijk onwenselijk zijn. Het (*ex ante*) negeren van onzekere risico’s brengt maatschappelijke consequenties en (mogelijke) kosten met zich.⁸¹ Zoals in par. 4.1 is besproken, tonen voorbeelden uit het verleden aan dat er vaak onterecht geen voorzorgsmaatregelen zijn genomen omdat het risico te onzeker zou zijn. Door niets te doen wordt het risico (van wetenschappelijke onzekerheid) bij potentiële slachtoffers neergelegd. Daar komt bij dat indien bedrijven nalaten om onderzoek te doen, de onderzoekskosten op de samenleving komen te liggen.

6.3 Voor II: waarborgen fysieke veiligheid

Ten tweede speelt er een argument dat is gerelateerd aan het effectief waarborgen van de fysieke veiligheid. Voorzorg zou effectiever en beter gestalte kunnen worden gegeven door bedrijven. Ten aanzien van het MKB geldt dat ze door de overheid tot actie moeten worden aangezet. Met betrekking tot het grote en gespecialiseerde bedrijfsleven geldt dat voorzorg effectiever gestalte kan worden gegeven door ze te betrekken bij de signalering van risico’s en het opstellen van (gedrags)normen. Zo zouden grote en gespecialiseerde bedrijven over meer sectorspecifieke informatie en specialisme beschikken. Hierdoor zouden ze beter de geschikte omgang met de risico’s kunnen bepalen dan regelgevers.⁸² Ook kunnen ze de benodigde informatie en inzichten aan de regelgever verschaffen. Daarnaast zouden grote

⁷⁹ Argument ontleend aan Cranor 2013, p. 9. Men herkent hierin het profijtbeginself.

⁸⁰ Deze alinea is ontleend aan De Jong 2014, p. 385.

⁸¹ Paterson 2011, p. 385.

⁸² Linton & Walsh 2012, p. 549; Calabrese & Niehuis 2012, p. 159; Dorbeck-Jung 2011, p. 1; Meili & Widmer 2010, p. 446; Dorbeck-Jung 2012, p. 18.

en gespecialiseerde bedrijven in een betere positie verkeren om de noodzakelijkheid van voorzorgsmaatregelen te bepalen. Ze zitten dicht op het proces van de verschillende ontwikkelingen en toepassingen van de technologie en ze zouden sneller experimenten kunnen uitvoeren en nieuwe informatie kunnen verwerken.

Aan dit effectiviteitsargument ligt de aanname ten grondslag dat bedrijven hun verantwoordelijkheid ook daadwerkelijk nemen. Men kan vraagtekens stellen bij de juistheid van deze aanname, al was het maar omdat de effectiviteit (van met name gedragsaanbevelingen) moeilijk te meten is. Zo blijkt dat bedrijven niet altijd alle relevante beschikbare en adequate informatie delen met overheden en gebruiken bij het bepalen van de geschikte omgang met de mogelijke risico's.⁸³ In de literatuur wordt bijvoorbeeld opgemerkt dat, in het kader van een vrijwillige registratie van het gebruik van nanodeeltjes, de informatie summier of van bedenkelijke kwaliteit is. Zo zou (essentiële) exacte informatie over blootstellingswaarden en -situaties veelal ontbreken.⁸⁴ Ook wordt erop gewezen dat de informatie die wordt gebruikt, bijvoorbeeld bij het opstellen van zelfregulering of verschaft wordt aan overheden, niet altijd *up to date* is.⁸⁵ Malloy stelt daarom; *'here the heroic image of the environmentally conscious firm acting swiftly on the basis of its deep knowledge of its own operations breaks down.'*⁸⁶

Anderzijds zijn er redenen om aan te nemen dat voorzorg wel effectief gestalte kan worden gegeven door bedrijven. Zo kunnen bedrijven hun aansprakelijkheidsrisico's trachten te verkleinen door actief voorzorg uit te oefenen.⁸⁷ Eveneens kunnen bedrijven zich ervan bewust zijn dat een goed risicomanagement cruciaal is voor een succesvolle marktintroductie en ontwikkeling van nanotechnologie. Zodra het publiek het idee heeft dat men de mogelijke risico's niet serieus genoeg neemt, kan dit leiden tot publieke afkeuring, hetgeen kan leiden tot een daling van de verkoopcijfers.⁸⁸ Ook ligt, wanneer dingen dreigen mis te gaan, een streng ingrijpen van de regelgever op de loer.⁸⁹ Bedrijven kunnen dit voorkomen door zich pro-actief op te stellen, hetgeen bovendien reputatieschade kan voorkomen.

83 Malloy 2012, p. 351–352; *Kamerstukken II* 2012–2012, 29 338, nr. 124, p. 5; Meili & Widmer 2010, p. 449.

84 Ep. 2009, p. 27 www.epa.gov/oppt/nano/nmsp-interim-report-final.pdf ObservatoryNano2010, p. 58 – 59. http://www.steptoe.com/assets/htmldocuments/ObservatoryNano_Nanotechnologies_Regulation%20and%20Standards_June%202010.pdf.

85 Hansen & Tickner 2007, p. 341.

86 Malloy 2011b, p. 32.

87 Bijv. CENARIOS 2007, p. 4. www.innovationsgesellschaft.ch/index.php?page=88; ObservatoryNano 2010, p. 61; Malloy 2011a, p. 29; Marchant 2014, p. 714.

88 Bowman & Hodge 2009, p. 157.

89 Abbot, Marchant & Corley 2012, p. 280.

6.4 *Voor III: financiële overwegingen*

Tot slot spelen er (aan overheidszijde) financiële overwegingen. Bij de overheid acht men de kosten van het afwikkelen van schade nadat de risico's zich hebben verwezenlijkt en de kosten die worden gemaakt ter uitvoering van voorzorg te hoog. Wat betreft de kosten van een verwezenlijkt risico, hebben incidenten als de nieuwsjaarbrand in Volendam en de vuurwerkramp in Enschede de overheid doen beseffen dat ze niet alleen financieel verantwoordelijk wil en kan zijn voor de fysieke veiligheid. Wat betreft de kosten van preventie gaat de hierboven beschreven gedachte op dat bedrijven ook (deels) de lasten behoren te dragen van de ontwikkeling van een nieuwe technologie. Er leeft dan ook een sterke wens om de kosten én de financiële risico's meer naar bedrijven te verplaatsen.⁹⁰

6.5 *Tegen I: hoeveelheid*

De hoeveelheid aan gedragsnormerende aanbevelingen kan een probleem zijn. Wanneer men zijn ogen laat vallen op van de Nederlandse en buitenlandse overheden afkomstige aanbevelingen, vormen van zelfregulering en vrijwillig door het bedrijfsleven opgestelde gedragsaanbevelingen, dan valt op dat de hoeveelheid aanbevelingen aanzienlijk is.⁹¹

Die aanzienlijke hoeveelheid is met name problematisch indien voor dezelfde onzekere risicovolle situatie verschillende, en soms tegenstrijdige, acties worden aanbevolen. Deze situatie is niet ondenkbaar. Mede vanwege de wetenschappelijke onzekerheid over de risico's en de effectiviteit van de voorzorgsmaatregelen, bestaan er verschillende visies op welke voorzorgsmaatregelen natuurwetenschappelijk gezien noodzakelijk en gewenst zijn.⁹² Het is, ten eerste, de vraag of dit de naleving van de instrumenten ten goede komt. Ten tweede – en dit kritiekpunt is belangrijk met het oog op de doorwerking van bepaalde gedragsnormerende aanbevelingen in een voorzorgverplichting – kan het feit dat er tegenstrijdige berichten worden afgegeven over de noodzakelijke maatregelen, leiden tot problemen in het kader van de rechtszekerheid.⁹³ Welke gedragsaanbeveling wordt men geacht na te leven? En op welke gronden?

⁹⁰ Vgl. WRR 2011. Deze wens speelt dus op het terrein van de fysieke veiligheid in het algemeen. Zie uitgebreid over de thematiek Hartlief 2014.

⁹¹ Daarbij kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat er een gebrek aan (internationale) coördinatie is.

⁹² Zie par. 3.3.

⁹³ Abbot, Marchant & Corley 2012, p. 304–306.

6.6 *Tegen II: een te laag zorgniveau?*

In het verlengde van het voorgaande kan men zich afvragen of bedrijven voor het maatschappelijke belang van de fysieke veiligheid staan, of dat ze financiële kortetermijnbelangen – die niet *per se* samenvallen met aan de fysieke veiligheid gerelateerde belangen – laten overheersen. Dit probleem geldt met name wanneer bedrijven zelf hun verantwoordelijkheden bepalen, met andere woorden bij zelfregulering of vrijwillig opgestelde gedragscodes. Voor bedrijven bestaan er incentives om eigen belangen, die niet aan het waarborgen van de fysieke veiligheid zijn gerelateerd, te laten prevaleren boven het maatschappelijk belang.⁹⁴ Zo wordt in de literatuur gesteld dat bedrijven zelf het heft in handen nemen om regelgevende actie in de toekomst te beïnvloeden en/of te voorkomen.⁹⁵ Het gevaar is dat uiteindelijk de schijn wordt gewekt dat het gewenste en haalbare veiligheidsniveau wordt nageleefd, terwijl dit *de facto* niet het geval is. Dit geldt bijvoorbeeld wanneer wordt gehandeld of verantwoordelijkheden worden geformuleerd op basis van verouderde informatie, terwijl de regelgever in de veronderstelling is dat de informatie adequaat is.⁹⁶

6.7 *Tegen III: naleving*

Ten slotte kunnen er, met name ten aanzien van gedragsaanbevelingen (instrument III) vraagtekens rijzen ten aanzien van de mate waarin ze daadwerkelijk worden nageleefd. Dat punt is reeds in par. 6.3 besproken.

7 AANSPRAKELIJKHEIDSRECHTELIJKE VOORZORGVERPLICHTINGEN

7.1 *Voorzorgverplichtingen voor onzekere risico's*

Aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen vormen een belangrijke bron voor verplichtingen die op actoren rusten wanneer zij zich inlaten met onzeker risicovol gedrag.⁹⁷ Een voorzorgverplichting is de zorgverplichting die toepasselijk is in de situatie waarin het op basis van objectief natuurwetenschappelijke maatstaven moeilijk (of onmogelijk) is om de (schadelijke) gevolgen van een bepaald handelen of nalaten te voorspellen. De huidige stand van zaken in de wetenschap over mogelijke risico's van nanotechnologie is

⁹⁴ Van Gestel 2000, p. 294.

⁹⁵ Fiorini 2010, p. 39; Büthe 2010, p. 6–8; Bowman & Hodge 2009, p. 147–148.

⁹⁶ Wat betreft doorwerking in voorzorgverplichtingen is dit probleem theoretisch gezien minder relevant, aangezien gedragsaanbevelingen, indien zij doorwerken een minimumniveau verschaffen. In de praktijk kunnen moeilijkheden rijzen. Zie par. 8.3 – 9.3.

⁹⁷ Dit geldt zeker bij een gebrek aan specifiek adequate publiekrechtelijke voorzorgverplichtingen.

illustratief.⁹⁸ In een dergelijk geval schrijft een voorzorgverplichting voor welke gedraging een actor rechtens vereist is uit te voeren of na te laten. In de aankomende paragrafen wordt besproken hoe de inhoud van een voorzorgverplichting moet worden bepaald.

7.2 Ongeschreven voorzorgverplichtingen

In het geval waarin (adequate) wettelijke normering voor de omgang met de mogelijke risico's ontbreekt, wordt het rechtens vereiste gedrag ten aanzien van mogelijke risico's bepaald door de op een actor rustende ongeschreven voorzorgverplichting.⁹⁹ Deze ongeschreven voorzorgverplichting kan zich richten op verschillende actoren (werkgevers, producenten en overheden) en kan strekken ter bescherming van de belangen van verschillende potentiële benadeelden (werknemers, consumenten, afnemers). In de aankomende paragrafen zal ik me concentreren op factoren die in hun algemeenheid dienstbaar zijn aan het formuleren van een voorzorgverplichting van bedrijven.¹⁰⁰

7.3 Wetenschappelijk kennisniveau en plausibele vermoedens

Of er op een actor een (ongeschreven) voorzorgverplichting rust, hangt ten eerste af van de (wetenschappelijke) kennis over het mogelijke risico. Men kan dit ook wel het vereiste wetenschappelijke kennisniveau noemen.

Uit verscheidene arresten van de Hoge Raad valt af te leiden dat voor het ontstaan van een voorzorgverplichting mede bepalend is of, gegeven de bestaande wetenschappelijke kennis en inzichten, er mogelijkserwijs een verband bestaat tussen een blootstelling en het intreden van negatieve (gezondheids)effecten.¹⁰¹ Bovendien moet er, net zoals het voorzorgbeginsel voorschrijft, een bewijssterkte uitgaan van de indicaties. Pas bij een wetenschappelijk gefundeerd plausibel vermoeden over het bestaan van een risico kan er een voorzorgverplichting gelden. Ten aanzien van speculatieve of zelfs geheel onbekende risico's gelden géén voorzorgverplichtingen.¹⁰² Een plausibel vermoeden is een wetenschap-

⁹⁸ Vgl. par. 2.3.

⁹⁹ Zie bijvoorbeeld HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686, m.nt. PAS (*Cijsouw-De Schelde I*).

¹⁰⁰ Voorzorgverplichtingen kunnen op verschillende rechtsgronden rusten, waarvan in het kader van de mogelijke risico's van nanodeeltjes art. 6:162 BW en art. 7:658 BW de belangrijkste zijn. Ik ben me ervan bewust dat de in het geding zijnde rechtsbetrekking en de daarop van toepassing zijnde rechtsregels bepalend zijn voor het vereiste zorgniveau in een specifiek geval.

¹⁰¹ HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686, m.nt. Stein (*Cijsouw I*); In arresten over RSL, OPS en de schildersziekte wordt ook aansluiting gezocht bij de wetenschappelijke kennis. Zie HR 7 juni 2013, *NJ* 2014/99, m.nt. Hartlief (*Lansink/Ritsma*); HR 2 juni 2006, *RvdW* 2006/546. Zie specifiek bijv. A-G Spier voor HR 2 juni 2006, *RvdW* 2006/546, nr. 5.20–26 en HR 07 juni 2013, *JAR* 2013/177, nr. 3.15.1.

¹⁰² Dit punt is algemeen erkend. Zie Van Dam 2000, nr. 907. In termen van productaansprakelijkheid, kan men hier spreken van een state-of-the-art-verweer-ondergrens.

pelijk gefundeerde hypothese over het bestaan van een risico, die (natuur)wetenschappers dusdanig geloofwaardig achten dat men rechtens het gevaar niet mag negeren.¹⁰³ In par. 8.2 wordt uitgewerkt dat het gevoerde overheidsbeleid invloed heeft op de beantwoording van de vraag of er een plausibel vermoeden is.

7.4 Vereiste kennisniveau

Vervolgens moet worden vastgesteld of de betreffende actor kennis heeft of behoort te hebben van de in de wetenschap geuite plausibele vermoedens over het bestaan van mogelijke risico's.¹⁰⁴ Dit is het vereiste *kennisniveau*. Wanneer in de wetenschap op mogelijke risico's wordt gewezen waarvan de betreffende actor kennis heeft of behoort te hebben, is er een aanleiding om voorzorgsmaatregelen te nemen. Om het vereiste kennisniveau vast te stellen is ten eerste van belang dat het voor een actor op basis van de wetenschappelijke inzichten mogelijk is om te bepalen welke voorzorgsmaatregelen geïndiceerd zijn. Een actor moet, op basis van de wetenschappelijke kennis, redelijkerwijs kunnen weten hoe hij een gevaar kan afwenden.¹⁰⁵ Ten tweede is de mate van toegankelijkheid en verspreiding van de informatie over de risico's van belang. Ten derde is bij het vaststellen van het vereiste kennisniveau relevant of het een klein of een groot en/of gespecialiseerd bedrijf betreft. Van een groot en/of gespecialiseerd bedrijf mag worden verwacht dat het op de hoogte is van (specialistische kennis over) recente ontwikkelingen in de internationale wetenschappelijke literatuur,¹⁰⁶ terwijl van een middelgroot of klein bedrijf dit minder snel wordt verwacht.¹⁰⁷ Interessant is dat door de verspreiding van informatie, men mag aannemen dat ook van het MKB mag worden vereist dat ze op de hoogte zijn van de risico's van nanodeeltjes.

7.5 Kelderluik-achtige factoren

Indien er een plausibel vermoeden van het bestaan van een risico is en de aangesprokene actor hiervan kennis heeft of behoort te hebben, dient de zorgverplichting verder te worden geconcretiseerd. Deze concretisering strekt ertoe om het vereiste zorgniveau te bepalen. Daarbij dient de aanvaardbaarheid van de 'onzeker risicovolle gedraging' te worden bepaald en moet worden vastgesteld welke voorzorgsmaatregelen genomen moeten

¹⁰³ Gezondheidsraad 2008, p. 16–17; COM (2000) 1, p. 13; Paterson 2011, p. 349 e.v.

¹⁰⁴ Zie hierover uitgebreid Jansen 2012.

¹⁰⁵ HR 7 juni 2013, NJ 2014/99, m.nt. Hartlief (*Lansink/Ritsma*). Zie ook A-G Spier voor dat arrest onder nr. 4.15 en 5.9.2.

¹⁰⁶ HR 25 november 2005, NJ 2009/103 m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*).

¹⁰⁷ HR 4 juni 2004, JAR 2004/287 (*Broug/Gemex*).

worden.¹⁰⁸ Hierbij kan men denken aan verschillende voorzorgsmaatregelen, zoals waar-
schuwen, reduceren en registreren van blootstelling en het stoppen met de activiteit.

Om de aanvaardbaarheid van een onzeker risico nader te bepalen dienen onder andere
de aard en ernst van de risico's (lees: de effecten) en de mate van zekerheid over het bestaan
van het risico tegen elkaar te worden afgewogen.¹⁰⁹ Met het criterium mate van zekerheid
wordt bedoeld op de wetenschappelijke mate van zekerheid.¹¹⁰ Mijns inziens moet ook
aansluiting worden gezocht bij het type en de oorzaak van wetenschappelijke onzekerheid.
Is er bijvoorbeeld onzekerheid over het bestaan van een risico of over de mogelijke bloot-
stellingssituaties (type van onzekerheid) aan een risico? Komt deze onzekerheid doordat
de grenzen van de wetenschappelijke methoden zijn bereikt, of doordat men om financiële
reden onderzoek nalaat?¹¹¹ Verder kan aansluiting worden gezocht bij eveneens op het
Kelderluik-arrest geïnspireerde factoren als de bezwaarlijkheid van de voorzorgsmaatregel
en het nut van de onzekere risicovolle gedraging.¹¹²

8 DOORWERKING VAN HET VOORZORGBELEID IN DE ONGESCHREVEN VOORZORGVERPLICHTINGEN

8.1 *Gang van het betoog*

De in par. 5 beschreven instrumenten kunnen invloed hebben op de invulling van de in
par. 7 beschreven factoren en daarmee uiteindelijk de inhoud van een voorzorgverplichting
die mogelijkterwijs rust op een bedrijf beïnvloeden. Hieronder zal per in par. 6 geïdentifi-
ceerd reguleringsinstrument de mogelijke doorwerking worden besproken.

8.2 *Doorwerking instrument I (signalering van risico's)*

De signalering van mogelijke risico's is voornamelijk van belang in het kader van het
wetenschappelijke kennisniveau en plausibele vermoedens over het bestaan van een risico.
Aangezien deze factoren daarvoor bepalend zijn, heeft dit instrument met name invloed
op het ontstaansmoment van een voorzorgverplichting. Het spreekt in dat kader voor zich
dat afhankelijk van de snelheid waarmee het onderzoek meer duidelijkheid verschaft over

¹⁰⁸ Zie voor deze paragraaf ook De Jong 2014, p. 383–384 – De Jong 2011, p. 2837–2838.

¹⁰⁹ HR 17 februari 2006, *NJ* 2007/ 285 m.nt. Brunner (*Van Buuren/Heesbeen*). Zie ook HR 17 december 2004, *NJ* 2006/147, m.nt. Brunner (*Hertel/van der Lugt*); HR 25 november 2005, *NJ* 2009/103 m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*).

¹¹⁰ Bijv. Franken 2010, p. 189.

¹¹¹ Uitgewerkt in De Jong 2014.

¹¹² HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136, m.nt. Scholten (*Kelderluik*).

het bestaan van risico's, een voorzorgverplichting eerder in werking kan treden. Men zou in dit verband bovendien kunnen stellen dat er op *afzonderlijke* actoren geen voorzorgverplichtingen rusten die strekken tot het doen van onderzoek, aangezien het uitvoeren van onderzoek wordt gezien als een gezamenlijke taak van de overheid en het bedrijfsleven. Een ander belangrijk punt is dat de signalering en karakterisering van risico's door kennisinstituten en private en publieke samenwerkingsverbanden, invloed heeft op de vaststelling of er een plausibel vermoeden van het bestaan van een risico is. Om vast te stellen of er een plausibel vermoeden bestaat kan men, eventueel met behulp van deskundigen, kijken naar de wetenschappelijke mate van consensus over het bestaan van de dreiging, de mate van wetenschappelijke zorgen over de dreiging, de reacties van wetenschappers op specifiek geuite zorgen en de staat van dienst van deze wetenschappers. Zo stelt de Gezondheidsraad dat 'als vuistregel zou kunnen gelden dat er sprake is van enige plausibiliteit als ten minste enkele erkende experts op het betreffende vakgebied zich zorgen maken over de dreiging.'¹¹³ Met betrekking tot de risicokarakterisering door bedrijven, komt veel aan op de onafhankelijkheid en expertise van degene die de karakterisering opstelt en de mate van wetenschappelijke consensus over de juistheid ervan.¹¹⁴

Wanneer men deze criteria accepteert, dan is het feit dat kennisinstituten zorgen uiten over de veiligheid van nanodeeltjes een sterke reden om (rechtens) aan te nemen dat er sprake is van een plausibel vermoeden dat er een risico is. Kennisinstituten werken *consensus-based* en bestaan doorgaans uit erkende experts op het vakgebied. Een opvatting van een kennisinstituut is daarmee misschien niet de meest vooruitstrevende, maar wel een opvatting die – naar waarschijnlijkheid – breed wordt gedragen binnen de wetenschappelijke gemeenschap. Indien veel kennisinstituten zorgen uiten, dan is dit een indicatie dat er consensus in de wetenschap (aan het ontstaan) is. In de rechtspraak wordt ook belang gehecht aan de opvatting van kennisinstituten. Zo wordt in bepaalde RSI-arresten veel waarde gehecht aan de opvatting van de Gezondheidsraad. Op basis van een rapport van de Gezondheidsraad waarin wordt geconcludeerd dat er te veel onzekerheid is over de risicofactoren van RSI, en er daarom geen normen kunnen worden opgesteld, komen rechters soms tot de conclusie dat schending van een voorzorgverplichting niet is aangetoond.¹¹⁵

¹¹³ Gezondheidsraad 2006, p. 17.

¹¹⁴ De Jong 2014, p. 388.

¹¹⁵ HR 2 juni 2006, RvdW 2006/546; A-G Spier voor HR 2 juni 2006, RvdW 2006/546. Onder 5.20–26; Zie eveneens A-G Spier voor HR 07 juni 2013, JAR 2013/177, nr. 3.15.1. Zie ook Rechtbank Midden-Nederland ECLI:NL:RBMNE:2014:815.

8.3 *Doorwerking instrument II (verspreiden informatie)*

Het verspreiden van informatie over de mogelijke risico's en over de te nemen voorzorgsmaatregelen aan actoren is relevant in het licht van het vereiste kennisniveau. Men mag aannemen dat het actief én gericht verspreiden van informatie over de risico's en de te nemen voorzorgsmaatregelen, aanzienlijke invloed heeft op het rechtens vereiste kennisniveau van de geadresseerde actor; met name die van het MKB.

Zoals besproken, is om het vereiste kennisniveau vast te stellen de toegankelijkheid en begrijpelijkheid van de informatie van belang.¹¹⁶ Ook is de omvang en het specialisme van het bedrijf van belang. Grote en gespecialiseerde (internationaal opererende) bedrijven worden in beginsel geacht op de hoogte te zijn van de signalering van mogelijke risico's in de wetenschappelijke literatuur. Van het MKB wordt dit niet zonder meer verwacht.¹¹⁷ Ook is besproken dat de van kennisinstituten afkomstige informatie vaak nadrukkelijk is gericht op het MKB.¹¹⁸ Men mag aannemen dat deze bedrijven op de hoogte zijn van specifiek op hun gerichte informatie, althans dat dienen te zijn. Bovendien mag worden aangenomen dat de informatie begrijpelijk voor ze is, aangezien de informatievoorziening nadrukkelijk is afgestemd op het MKB.¹¹⁹ Daarmee heeft dit reguleringsinstrument met name invloed op voorzorgverplichtingen die rusten op het midden- en kleinbedrijven. Ten slotte beïnvloedt de onderlinge uitwisseling van informatie tussen bedrijven en de betrokkenheid van bedrijven bij fundamenteel onderzoek hun kennisniveau, aangezien aangenomen mag worden dat men intern beschikking heeft over de kennis en daarmee bekend mag worden geacht met het bestaan van de onzekere risico's.

Het bovenstaande onderscheidt de situatie ten aanzien van nanotechnologie duidelijk van de situatie zoals die zich in asbestprocedures voor heeft gedaan en nog vaak voordoet. In vele asbestprocedures zijn gedragingen gewraakt die plaatsvonden nadat de gevaren van asbest wetenschappelijk gezien zeker waren en in brede(re) kringen bekend en erkend waren.¹²⁰ De mogelijke gevaren van nanodeeltjes mogen thans al wel bekend worden geacht, maar er bestaat desalniettemin aanzienlijke wetenschappelijke onzekerheid over de risico's.

8.4 *Doorwerking instrument III (gedragsnormerende aanbevelingen)*

Gedragsnormerende aanbevelingen zijn met name relevant bij het bepalen van het zorgniveau en de voorzorgsmaatregelen die een actor dient te treffen. In geval van zelfregulering of een vrijwillig opgestelde gedragscode is het aannemelijk dat een actor op consensuele

¹¹⁶ Par. 7.4.

¹¹⁷ Zie voetnoot 89.

¹¹⁸ Par. 5.4.

¹¹⁹ HR 7 juni 2013, NJ 2014/99, m.nt. Hartlief (*Lansink/Ritsma*).

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld HR 25 november 2005, NJ 2009/103 m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*).

gronden zich aan de voorschriften dient te houden, tenzij hij gegronde redenen heeft om niet na te leven.¹²¹ Dit geldt met name wanneer de actor betrokken is geweest bij de normstellingsprocedure of hij aangeeft de voorschriften na te leven. In de gevallen waarin een actor niet op consensuele gronden gebonden is, komt het erop aan of van een gedragsnormerende aanbeveling een dusdanig sterke verwachting tot naleving uitgaat, dat ook rechtens van actoren mag worden verwacht zich er aan te houden.¹²² Van de aanbevelingen gaat in ieder geval de (voorzorgachtige) boodschap uit dat men wetenschappelijke onzekerheid niet als reden tot stilzitten mag zien.

Hieronder wordt een aantal gezichtspunten onderzocht die men in ogenschouw zou kunnen nemen om te bepalen of, en in hoeverre, waarde moet worden toegedicht aan een bepaalde gedragsaanbeveling bij het formuleren van een voorzorgverplichting.¹²³

1) *Vereiste kennis*

Ten eerste is van belang of de aangesprokene actor op de hoogte is of dient te zijn van een aanbeveling. In dat verband is met name de toegankelijkheid en mate van verspreiding van de aanbeveling van belang. Wanneer *best practices* bijvoorbeeld alleen tussen bepaalde actoren worden gedeeld, ligt het niet voor de hand om van actoren die geen toegang hebben tot de *best practices*, te vereisen de *best practices* na te leven. Iets anders zal gelden indien de aanbeveling in de relevante beroepsgroep wijd verspreid en gemakkelijk toegankelijk is.¹²⁴ In dat geval is het aannemelijk dat een actor rechtens op te hoogte behoort te zijn van de betreffende aanbeveling.

2) *Stand van zaken in de wetenschap*

Een belangrijk criterium is of de aanbeveling in lijn is met de voorzorgsmaatregelen die ingevolge de stand van zaken in de wetenschap mogelijk en geïndiceerd zijn.¹²⁵ Een nadeel van sommige (met name van bedrijven afkomstige) aanbevelingen is dat ze niet *up to date* zijn of zijn gebaseerd op incomplete informatie.¹²⁶ Indien ingevolge de stand van zaken in de wetenschap andere voorzorgsmaatregelen geïndiceerd zijn, dan moet minder tot géén waarde worden gehecht aan de aanbeveling. Als de aanbeveling in lijn is met de stand van

121 Uitgebreid Giesen 2007, p. 62 e.v. en p. 79; HR 2 maart 2001, *NJ* 2001/649, m.nt. Vranken en Van Wijnen (*Trombose-arrest*), van Wijnen in zijn noot onder nr. 3.2. Ik laat dit – en de problemen hieromtrent – verder onbesproken. Scott 2006, p. 133–135.

122 Giesen 2007, p. 71.

123 Volgens een enkeling kunnen gedragscodes zonder meer de inhoud van een voorzorgverplichting bepalen, in die zin dat niet-naleving een voorzorgverplichtingsschending met zich brengt. Roth 2011, p. 3. Hij lijkt daarbij de wetenschappelijke onzekerheid over de effectiviteit van bepaalde voorzorgsmaatregelen niet in ogenschouw te nemen.

124 Zie onder meer Van Dam 2000, p. 151 en Jansen 2012, p. 372.

125 Vgl. Dorbeck-Jung 2012, p. 18; De Groot 2006, p. 112–113, in het kader van medische protocollen.

126 Marchant 2014, p. 715.

zaken in de wetenschap, is dit een belangrijke reden om waarde te hechten aan de betreffende aanbeveling bij het formuleren van een voorzorgverplichting.

Wat betreft doorwerking in voorzorgverplichtingen is het nadeel dat een aanbeveling niet *up to date* is of gebaseerd is op oude informatie, theoretisch gezien geen probleem. Indien gedragsaanbevelingen doorwerken, verschaffen ze een minimumniveau. Vanuit praktisch oogpunt rijzen echter vragen. Wanneer mag bijvoorbeeld van een actor mag worden verwacht dat hij een aanbeveling naast de meetlat van de wetenschap legt? Hoe gaat men de natuurwetenschappelijke adequaatheid van bijvoorbeeld specifieke blootstellingswaarden toetsen?

Er is een aantal indicatoren aan de hand waarvan (eventueel met behulp van deskundigen) een inschatting kan worden gemaakt of een aanbeveling in lijn is met de stand van zaken in de wetenschap. Zo lijkt ten eerste de (wetenschappelijke) autoriteit van de opsteller in de relevante gemeenschap van belang. Zoals hierboven reeds is aangestipt moet bij het vaststellen van wat rechtens als de geldende wetenschappelijke kennis en inzichten dient te gelden, in beginsel veel betekenis worden gegeven aan de opvatting van kennisinstituten. Daarnaast kan men kijken naar wanneer het betreffende instrument voor het laatst is ge-update en welke kennisontwikkelingen in de tussentijd hebben plaatsgevonden. Eveneens kan men zich, in het geval van een (vrijwillig opgestelde) gedragscode, afvragen of en wanneer de code is gecertificeerd en of bij de certificering de adequaatheid van de code in het licht van de laatste stand van zaken in de wetenschap is beoordeeld.

3) *Mate van acceptatie en naleving in de relevante beroepsgroep*

De mate waarin een aanbeveling wordt aanvaard en nageleefd in de relevante beroepsgroep is ook voorgesteld als criterium.¹²⁷ Indien een gedragsaanbeveling veel wordt nageleefd dan is dit een reden voor doorwerking van de aanbeveling.¹²⁸ Echter, zoals besproken, is een probleem van sommige aanbevelingen dat de *compliance rate* laag is, voor zover daar adequaat onderzoek naar is gedaan. Men zou kunnen stellen dat in dat geval minder gewicht aan de aanbeveling toekomt. Anderzijds blijkt uit asbestjurisprudentie van de Hoge Raad dat het feit dat andere bedrijven nalaten voorzorgsmaatregelen te treffen, niet betekent dat de aangesprokene actor van zijn – mogelijke – verplichtingen is bevrijd.¹²⁹ Doorslaggevend lijkt mij de achterliggende reden waarom de *compliance rate* zo laag is en of deze reden gerechtvaardigd is. Zijn de voorzorgsmaatregelen te bezwaarlijk? Is de aan-

127 Dorbeck-Jung 2012, p. 18. Vgl. ook Giesen 2008, nr. 5.2. met verwijzing naar Wuisman voor HR 22 juni 2007, NJ 2007/520 m.nt. Van Schilfgaarde (*ING/Verdonk q.q.*), nr. 2.7.

128 Merchant 2014, p. 715.

129 HR 2 oktober 1998, NJ 1999/683, m.nt. Vranken (*De Schelde-Cijsouw II*).

beveling onduidelijk? Of heeft men simpelweg geen oog voor de risico's (zoals bij asbest het geval was)?

Dit criterium kan tot complicaties leiden. Zo speelt er een kennisvergaringsprobleem; hoe krijgt men er zicht op of een aanbeveling veel wordt nageleefd? Dit probleem speelt met name omdat in de beleidskundige wetenschap nog wordt geworsteld met het vergaren van betrouwbare en adequate data over de mate waarin aanbevelingen worden nageleefd. Moeten actoren, bij gebrek aan data, zelfstandig onderzoek doen, waarvoor zij afhankelijk zijn van (vertrouwelijke) informatie van andere bedrijven?

4) *De hoeveelheid aan relevante aanbevelingen*

In par. 6.5 is het nadeel besproken dat de hoeveelheid gedragsnormerende aanbevelingen aanzienlijk is. Dit brengt de vraag met zich in hoeverre een actor een bepaalde aanbeveling moet naleven wanneer er hem ook andere aanbevelingen worden gedaan. Indien een belangrijk aantal actoren een aanbeveling van gelijke strekking doet, dan is dit een reden om meer gewicht toe te kennen aan de aanbeveling. Maar indien de aanbevelingen verschillende, of zelfs tegenstrijdige, voorzorgsmaatregelen voorschrijven dan ligt het minder voor de hand om te vereisen dat een bepaalde aanbeveling gevolgd wordt. In dat geval bestaat het gevaar dat, mochten de risico's zich verwezenlijkt hebben, partijen (mijns inziens met name eisers) aan *cherry picking* tussen aanbevelingen kunnen doen en zo een schending van een voorzorgsverplichting (te) gemakkelijk – ten onrechte – kan worden aangenomen of afgewezen.

5) *Mate van (on)zekerheid over effectiviteit*

De mate van zekerheid over de effectiviteit van de voorzorgsmaatregel die wordt aanbevolen, is een belangrijk criterium. Ten aanzien van bepaalde risicomanagementsystemen is een probleem dat de effectiviteit van de voorzorgsmaatregelen wetenschappelijke onzeker is. Deze effectiviteitsonzekerheid kan terugslaan op hoe een risico kan worden gereduceerd, maar ook op onderzoeksplichten indien de geschiktheid van de onderzoeksmethoden nog (te) onzeker is.

Rechters lijken doorgaans terughoudend te zijn in het aannemen van verplichtingen tot het nemen van voorzorgsmaatregelen waarvan de effectiviteit wetenschappelijk onzeker is. Arresten in het kader van RSI (waar de verplichting om risicoreducerende maatregelen, waarvan de effectiviteit onzeker was werd afgewezen) en een tussenarrest dat is gewezen na cassatie in het kader van de dijkdoorbraak bij Wilnis (waar een plicht om onderzoek te doen met behulp van nog niet aanvaarde methoden werd afgewezen), doen vermoeden dat een verplichting tot het nemen van dergelijke voorzorgsmaatregelen, in het geval van natuurwetenschappelijke onzekerheid over het bestaan van risico's, niet snel bestaat.¹³⁰

130 HR 2 juni 2006, *RvdW* 2006/546; A-G Spier voor HR 2 juni 2006, *RvdW* 2006/546, nr. 20–26.

Het feit dat de effectiviteit van bepaalde maatregelen onzeker is, neemt overigens niet weg dat een actor, in voorkomende gevallen, andere maatregelen moet treffen. Hierbij kan men denken aan registratie van blootstelling, het waarschuwen van de gebruikers, of het geheel stoppen met het gebruik van de deeltjes.¹³¹

6) *Mate van gedetailleerdheid*

Sommige aanbevelingen vermelden specifiek beschermende maatregelen die kunnen worden genomen.¹³² Andere aanbevelingen blijven in algemeenheden (bijv. principes) steken, zonder concreet aan te geven welke voorzorgsmaatregelen een actor dient te nemen of zonder aan te geven welke expertise benodigd is om met de risico's om te gaan.¹³³ Vanwege de wetenschappelijke onzekerheid over de effectiviteit van bepaalde voorzorgsmaatregelen en de expertise die wordt vereist om met bepaalde risicomanagementsystemen om te gaan, kan dit ertoe leiden dat het voor bepaalde actoren moeilijk is om de aanbevelingen in concreet gedrag om te zetten.¹³⁴

Wanneer specifieke voorzorgsmaatregelen ontbreken, ligt mijns inziens – met name voor minder gespecialiseerde bedrijven – doorwerking minder voor de hand. In dit licht kan de uitkomst in het arrest *Lansink/Ritsma* (ex. art. 7:658 BW) van belang zijn. Daarin casseerde de Hoge Raad onder meer omdat het hof zijn oordeel over de schending van een voorzorgverplichting had moeten motiveren met welke voorzorgsmaatregelen de aangesprokene actor (*in casu* een werkgever) dan wél had behoren te nemen.¹³⁵ Deze regel kan als een check dienen tegen het te gemakkelijk aannemen van een schending (of het bestaan) van een voorzorgverplichting op basis van algemene gedragsaanbevelingen. Deze benadering zou eventueel ook kunnen helpen tegen problemen aangaande onzekerheid over de effectiviteit van voorzorgsmaatregelen en de hoeveelheid gedragsaanbevelingen.

7) *Bezwaarlijkheid*

Daarnaast dient te worden gekeken naar de bezwaarlijkheid van de voorzorgsmaatregelen die voortvloeien uit een aanbeveling. Hierbij moet men kijken naar de bezwaarlijkheid van een voorzorgsmaatregel voor een actor, maar ook naar negatieve maatschappelijke gevolgen van een bepaalde voorzorgsmaatregel. Dit laatste zal met name relevant zijn in

Zie eveneens A-G Spier voor HR 07 juni 2013, *JAR* 2013/177, nr. 3.15.1. Zie ook Rechtbank Midden-Nederland ECLI:NL:RBMNE:2014:815; Gerechtshof 's-Gravenhage 17 april 2012, LJN: BW1497. Ook op het vlak van algemene gevaarzetting en arbeidsongevallen is de verwachte effectiviteit van de voorzorgsmaatregelen een belangrijk criterium. Zie bijv. Giesen 2005.

131 De Jong 2014, p. 385; zie ook A-G Verkade voor HR 25 november 2005, *NJ* 2009/103 (*Eternit/Horsting*) sub. 5.44.

132 Een voorbeeld zou de BASF *Code of Conduct* zijn; Reichow & Dorbeck Jung 2013, p. 11.

133 Reichow & Dorbeck-Jung 2013, p. 11.

134 Dit geldt met name voor het MKB waar doorgaans minder expertise aangaande de materie voorhanden is.

135 HR 7 juni 2013, *NJ* 2014/99, m.nt. Hartlief (*Lansink/Ritsma*).

het kader van een verplichting die ertoe strekt dat een actor zich dient te onthouden van het gebruiken van nanodeeltjes. Aangezien nanotechnologie veel maatschappelijke voordelen geacht wordt te brengen, is het minder aannemelijk dat, zolang het risico op andere manieren kan worden gereduceerd of weggenomen,¹³⁶ een actor verplicht is om zich te onthouden van het gebruiken van bepaalde nanodeeltjes.¹³⁷

8) *De politieke autoriteit of draagvlak van degene die aanbeveelt*

Gedragsnormerende aanbevelingen kunnen van verschillende actoren afkomstig zijn. Men kan stellen dat van een aanbeveling afkomstig van de overheid meer legitimiteit uitgaat, dan wanneer een aanbeveling afkomstig is uit het bedrijfsleven. Mij lijkt dat de autoriteit van de opsteller in de relevante natuurwetenschappelijke gemeenschap én de mate waarin de aanbeveling in lijn is met de stand van zaken in de relevante natuurwetenschappelijke gemeenschap doorslaggevend moet zijn

Tot slot dient men zich ervan bewust te zijn dat de aanbeveling (of zelfregulering) een minimumniveau verschaft. Dit betekent dat, ook al werkt een gedragsaanbeveling door, er altijd een hoger zorgniveau kan worden verwacht. In bepaalde gevallen kan het naleven van de gedragscode (of zelfregulering) dus niet voldoende zijn.¹³⁸ Om te bepalen wanneer méér van een actor mag worden verwacht kan men, mijns inziens, met name aansluiting zoeken bij de hierboven besproken factoren 2, 5, 6 en 7. Terughoudendheid is echter geboden om in geval van naleving alsnog een voorzorgverplichtings-schending aan te nemen. Giesen merkt op dat indien de rechter aangeeft dat naleving van een gedragsaanbeveling onvoldoende is, hij impliciet zijn oordeel hoger aanslaat dan het oordeel van de opstellers van de aanbeveling (bijv. kennisinstituten of branche-organisaties).¹³⁹ Op een specialistisch terrein als nanotechnologie ligt het niet voor de hand dat een niet gespecialiseerde rechter een ander oordeel geeft over de noodzakelijkheid van bepaalde voorzorgsmaatregelen. In hoeverre een rechter hiertoe gemachtigd is hangt af van de motivering die de rechter aan zijn (afwijkende) oordeel geeft. Naar het mij voorkomt mogen hoge eisen aan deze motivering worden gesteld.

136 Bijvoorbeeld door het voorkomen van blootstelling aan de deeltjes.

137 Vgl. art. 6:168 BW.

138 HR 1 april 2005, RvdW 2005/50 (*Stichting Sint Lucas Andres Ziekenhuis/ZAO Zorgverzekering*).

139 Giesen 2008, nr. 6.2.

8.5 *Doorwerking instrument IV (voorzorgsmaatregelen faciliteren met materialen)*

Met betrekking tot de doorwerking van dit type instrument komt het aan op de bezwaarlijkheid van de maatregelen. Met name relevant is het feit dat materialen ter beschikking worden gesteld om met de risico's om te gaan. Het ligt voor de hand dat bedrijven een verplichting hebben om in ieder geval, zolang er geen betere alternatieven voorhanden zijn, de door de overheid *gratis* ter beschikking gestelde materialen (die dienen ter voorkomen van blootstelling) te gebruiken.

9 DISCUSSIE: VOOR- EN NADELEN VAN DOORWERKING

9.1 *De doorwerking in een notendop*

Uit de voorgaande paragraaf blijkt dat de ingezette reguleringsinstrumenten op verschillende manieren voorzorgverplichtingen kunnen beïnvloeden. Zo kan het ontstaansmoment van een voorzorgverplichting worden beïnvloed doordat kennisinstituten thans al plausible vermoedens uiten van het bestaan van mogelijke risico's.¹⁴⁰ Bovendien is het aannemelijk dat door verspreiding van informatie over de mogelijke risico's, actoren sneller bekend mogen worden geacht met de geuite vermoedens over het bestaan van een risico.¹⁴¹ Daar komt bij dat van gedragsaanbevelingen het normatieve signaal uitgaat dat actoren moeten handelen, niettegenstaande de wetenschappelijke onzekerheid. Actoren worden erop gewezen dat er mogelijk risico's zijn waarvoor voorzorgsmaatregelen moeten worden genomen. Ook kunnen actoren uit (bepaalde) gedragsaanbevelingen opmaken welke voorzorgsmaatregelen ze kunnen nemen.¹⁴² Daarmee lijkt een aantal belangrijke hordes voor het vaststellen van een toepasselijke voorzorgverplichting (en evt. schending daarvan) genomen.

De beschreven mogelijke doorwerking geeft aanleiding tot overdenking. In hoeverre ligt het gevaar op de loer dat de inhoud en grenzen van het recht te ver worden opgerekt?

9.2 *Voordelen*

Ten eerste kunnen procedures worden voorkomen indien verwezenlijking van de risico's wordt voorkomen. Dit kan het geval zijn indien uit de instrumenten duidelijk voortvloeit

¹⁴⁰ Par. 8.2.

¹⁴¹ Par. 8.3.

¹⁴² Par. 8.4.

welke voorzorgsmaatregelen dienen te worden genomen, de voorzorgsmaatregelen effectief zijn in het afwenden van de risico's én als de actoren ook daadwerkelijk de voorzorgsmaatregelen nemen. Zoals gesteld in par. 6.7 bestaan over de daadwerkelijke naleving van de reguleringsinstrumenten vraagtekens. Andersom kan het aansprakelijkheidsrecht, en de mogelijke doorwerking van de instrumenten in voorzorgverplichtingen, een effectieve voorzorg ten goede komen. Actoren kunnen, indien zij de aanbevolen voorzorgsmaatregelen niet nemen en het risico zich door dit nalaten verwezenlijkt, als gevolg van de mogelijkheid van doorwerking van de aanbevelingen in voorzorgverplichtingen, aanzienlijke aansprakelijkheidsrisico's lopen. Het naleven van (bijv.) gedragsaanbevelingen geeft actoren de mogelijkheid om aansprakelijkheidsrisico's te verkleinen.

Ten tweede, in het geval procedures worden gestart, kunnen bepaalde instrumenten de snelheid en complexiteit van een procedure ten goede komen. Dit geldt met name voor het debat over de voorzorgverplichting en een eventuele schending daarvan. Partijen en de rechter kunnen in de instrumenten aanknopingspunten vinden voor het formuleren van een voorzorgverplichting. Zo kan informatie afkomstig van kennisinstituten over de mogelijke risico's ertoe leiden dat in een procedure het vaststellen van het toepasselijke wetenschappelijke en vereiste kennisniveau van de actor vrij gemakkelijk verloopt. Dit kan een belangrijk voordeel zijn, aangezien debatten van natuurwetenschappelijke aard uit de weg kunnen worden gegaan.

9.3 *Nadelen*

Doorwerking van reguleringsinstrumenten kan ook problemen met zich brengen. Een eerste probleem is de hoeveelheid aan gedragsaanbevelingen en de tegenstrijdigheid die in bepaalde aanbevelingen besloten kan liggen. Indien gedragsaanbevelingen te gemakkelijk doorwerken, ligt bijvoorbeeld het gevaar op de loer dat er al snel een gedragsnormerende aanbeveling is te vinden waar de aangesprokene niet aan heeft voldaan. Er bestaat het gevaar dat – achteraf – bij het debat over de schending van een voorzorgverplichting aan *cherry picking* wordt gedaan. Een tweede probleem is dat de mogelijkheid bestaat dat gedragsnormerende aanbevelingen niet in lijn zijn met recente bestaande kennis en inzichten over de mogelijke risico's in de relevante natuurwetenschappelijke gemeenschap. Wat betreft doorwerking in voorzorgverplichtingen is dit probleem theoretisch gezien minder relevant, aangezien gedragsaanbevelingen, indien zij doorwerken, een minimum-niveau verschaffen. In de praktijk kunnen echter moeilijkheden rijzen; hoe gaan actoren (maar in een procedure ook de rechter) de adequaatheid van bijvoorbeeld specifieke blootstellingswaarden beoordelen? Ten derde speelt de onzekerheid over de effectiviteit van bepaalde voorzorgsmaatregelen een problematische rol. Het is als gevolg van deze onzekerheid moeilijk vast te stellen (en te bewijzen) of het nemen van de voorzorgsmaat-

regelen het intreden van een risico zou (hebben) voorkomen. Indien men te welwillend staat ten opzichte van doorwerking van dergelijke gedragsaanbevelingen, kan dit ook tot problemen op het vlak van rechtszekerheid leiden. Dit punt geldt temeer wanneer er gedragsaanbevelingen in algemene en vage bewoordingen worden gedaan. Er bestaat het gevaar dat een actor *ex ante* moeilijk kan bepalen welke gedragsaanbeveling hij dient na te leven, maar dat hij *ex post* desalniettemin aansprakelijkheid wordt gehouden voor het niet naleven van een gedragsaanbeveling.

10 CONCLUSIE

10.1 *Voor- en nadelen in samenhang bekeken*

Bezien we de voor- en nadelen van het voorzorgbeleid (par. 6.3 e.v.) en de voor- en nadelen van doorwerking van de instrumenten waarmee dit beleid gestalte krijgt in voorzorgverplichtingen (par. 9.1 e.v.) in samenhang, dan ontstaat het beeld dat doorwerking van het beleid theoretisch gezien voordelen met zich kan brengen, maar dat vanuit praktisch oogpunt problemen kunnen ontstaan. Zo hangen de voordelen van doorwerking ten eerste grotendeels af van de effectiviteit van het voorzorgbeleid. In par. 6.3 zijn kanttekeningen geplaatst bij deze effectiviteit. Op een ander punt is het duidelijker dat doorwerking voordelen met zich kan brengen. Bij het inschatten van lastige wetenschappelijke materie kan de opvatting van kennisinstituten, zowel voor actoren als voor de rechter, bruikbare aanknopingspunten verschaffen. Wat betreft de nadelen is in par. 6.5 en 6.6 beschreven dat de hoeveelheid aan met name gedragsaanbevelingen én de algemene aard van bepaalde gedragsaanbevelingen een probleempunt is. Daarnaast is er het probleem dat ten aanzien van bepaalde voorzorgsmaatregelen onzeker is in welke mate ze effectief zijn in het afwenden van het gevaar. Deze problemen brengen ook nadelen met zich met betrekking tot de doorwerking in voorzorgverplichtingen. Met name ligt het gevaar op de loer dat met een te gemakkelijke doorwerking de grenzen van aansprakelijkheid te ver (lees: verplichtingen om maatregelen te nemen waarvan de effectiviteit zeer onzeker is) worden opgerekt.

10.2 *Ter afsluiting*

Onze fysieke veiligheid is een groot (publiek) goed en verdient bescherming. In een situatie waarin, mede als gevolg van wetenschappelijke onzekerheid, overheden moeilijkheden ondervinden of het onwenselijk achten om (publiekrechtelijke) normen voor de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën op te stellen, valt de tendens om het bedrijfsleven (via

beleid) aan het werk te zetten en de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën te laten waarborgen, te bejubelen. Over het algemeen verkeert het bedrijfsleven in een goede positie om adequate voorzorgsmaatregelen te treffen en te ontwikkelen. Bovendien mag van het bedrijfsleven worden verwacht dat het voor een deel de (maatschappelijke) lasten draagt van de ontwikkeling en marktintroductie van een nieuwe technologie.

De herverdeling van verantwoordelijkheden voor de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën blijft niet zonder aansprakelijkheidsrechtelijke relevantie. Het gevoerde beleid kan op verschillende manieren doorwerken in voorzorgverplichtingen die op bedrijven rusten. Op bepaalde (praktische) vlakken kan de wisselwerking tussen voorzorgbeleid en aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgverplichtingen voor moeilijkheden zorgen. Dit geeft aanleiding tot overdenking, zeker wanneer men bedenkt dat publiekrechtelijke normering moeilijk van de grond komt. Regelgevers, maar ook academici, praktijkjuristen en het bedrijfsleven, doen er goed aan om de wisselwerking tussen het aansprakelijkheidsrecht en ontwikkelingen op het terrein van de fysieke veiligheid nader op de radar van het fysieke veiligheidsbeleid te krijgen.

LITERATUUR

Abbot, Marchant & Corley 2012

K.W. Abbott, G.E. Marchant & E.A. Corley, 'soft law oversight mechanisms for nanotechnology', *Jurimetrics*, 2012/52, pp. 279–312.

Van Asselt & Vos 2006

M.B.A. van Asselt & E. Vos 'The Precautionary Principle and the Uncertainty Paradox', *Journal of Risks Research*, 2006/9, pp. 313–336.

Bowman & Hodge 2009

D.M. Bowman & G.A. Hodge, 'Counting on codes: An examination of transnational codes as a regulatory governance mechanism for nanotechnology', *Regulation & Governance* 2009/3, pp. 145–164.

Büthe 2010

T. Büthe, 'Global Private Politics: A Research Agenda', *Business and Politics*, (3) 2010/12.

Calabrese & Niehaus 2012

J.P. Calabrese & S.E. Niehuis, 'Nano-torts on the horizon: A Jack and Jill Story', *Nanotechnology Law & Business* 2012/9, pp. 156–166.

Cassee 2013

F.R. Cassee, *Inhalatie-toxicologie: Gerust ademhalen*, (oratie Utrecht) 2013, http://www.uu.nl/faculty/veterinarymedicine/NL/Actueel/media/2013/Documents/005187%20Oratie%20inhal%20tox_boekje_def.pdf

Cranor 2013

C. F. Cranor, *Legally poisoned*, Cambridge: Harvard University Press 2013.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag 2000: Boom Juridische uitgevers.

Dorbeck Jung 2011

B. Dorbeck-Jung, 'Soft Regulation and responsible nanotechnological development in the European Union: Regulating Occupational Health and Safety in the Netherlands', *European Journal of Law and Technology*, (3) 2011/2, p. 1–14.

Dorbeck-Jung 2012

B. Dorbeck-Jung, *Nanotechnologische en medische regulering – wegwijzers voor de toekomst van het recht en de technische universiteit* (Oratie Universiteit Twente), Universiteit Twente 2012.

Dorbeck-Jung & Van Amerom 2008

B.R. Dorbeck-Jung & M. van Amerom, 'The hardness of soft law in United Kingdom regulatory activities related to nanotechnological development', in: J. Verschuuren & H. van Schooten (red.), *International Governance and Law – State Regulation and Non-State Law*, Edgar Elgar: Cheltenham 2008, pp. 129–150.

Enneking & De Jong 2014

L.F. Enneking & E.R. De Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', *NJB* 2014/ nog te verschijnen.

Europese Commissie 2000

Mededeling van de Commissie, Over het voorzorgbeginsel, COM (2000) 1.

Europese Commissie 2007

Mededeling van de Commissie, *Improving quality and productivity at work: Community strategy 2007–2012 on health and safety at work*, COM(2007) 62.

Europese Commissie 2008

Mededeling van de Commissie, *Code of conduct for responsible nanoscience and nanotechnologies research*, COM (2008) 424.

Faure en Vos 2003

M. Faure & E. Vos (red.), *Juridische afbakening van het voorzorgbeginsel: mogelijkheden en grenzen*, Den Haag: Gezondheidsraad 2003; publicatie nr. A03/03.

Feynman 1960

R.P. Feynman, 'There's plenty of Room at the Bottom: An invitation to Enter a New Field of Physics', CalTech's Engineering and Science 1960; http://www.pa.msu.edu/~yang/RFeynman_plentySpace.pdf.

Fiorini 2010

J. Fiorini, Voluntary Initiatives, Regulation and Nanotechnology Oversight, 2010 <http://www.nanotechproject.org/process/assets/files/8347/pen-19.pdf>.

Franken 2010

A.Ch.H. Franken, 'Het voorzorgbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht', AV & S 2010/25.

Van Gestel 2000

R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven* (diss. KUB), Den Haag: BJu 2000.

Gezondheidsraad 2006

Gezondheidsraad, *Betekenis van nanotechnologieën voor de gezondheid*. Den Haag: Gezondheidsraad 2006.

Gezondheidsraad 2008

Gezondheidsraad *Voorzorg met rede*, Den Haag: Gezondheidsraad 2008.

Giesen 2005

I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Giesen 2007

I. Giesen, *Monografieën Privaatrecht, alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Giesen 2008

I. Giesen, 'De omgang met en handhaving van meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels: een analyse van recente rechtspraak', *WPNR* 2008/6772, pp. 785–792.

De Groot 2006

G.J.R. de Groot, 'Standaarden, richtlijnen en protocollen in de gezondheidszorg. Een juridisch schemergebied', in: J. van Duijvenbijk-Brand e.a. (red.), *Variatie in cassatie*, Deventer: Kluwer 2006.

Hansen e.a. 2013

S.F. Hansen, A. Maynard, A. Baun, J.A. Tickner & D.M. Bowman, 'Nanotechnology – early lessons from early warnings', in: EEA, *Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation*, Denmark: EEA 2013, pp. 562 – 593.

Hansen & J. Tickner 2007

S.F. Hansen & J. Tickner, 'The challenge of adopting voluntary health, safety and environment measures for manufactured nanomaterials: lessons from the past for more effective adoption in the future', *Nanotechnology Law & Business*, (4) 2007/3, pp. 341–35.

Hartlief 2009

T. Hartlief, *Anno 2010. Beschouwingen over Aansprakelijkheid en Verzekering*, Amsterdam: deLex 2009.

Hartlief 2014

T. Hartlief, 'Privaatrecht in Nood' in: E.R. Muller, T. Hartlief, B.F. Keulen & H. Kummeling, *Crises Rampen en recht*, Preadviezen voor de jaarvergadering van de NJV, Deventer: Kluwer 2014, pp. 65–195.

Hondius 2006

E. Hondius, 'Self-Regulation in Consumer Matters on a European Level', in: F. Cafaggi (red.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law 2006, pp. 239–249.

Jansen 2012

K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht (diss. Leiden)*, Deventer: Kluwer 2012.

De Jong 2011

E.R. de Jong, 'Tussen fabel en feit, over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling aan de hand van nanotechnologie', *NJB* 2011/42, p. 2836–2843.

De Jong 2014

E.R. de Jong, 'Onzekerheid troef?', *NJB* 2014/6, pp. 382–389.

Klinke & Renn 2002

A. Klinke & O. Renn, 'A New Approach to Risk Evaluation and Management: Risk-Based, Precaution-Based, and Discourse-Based Strategies', *Risk Analysis* 2002/22, pp. 1071–1094.

Linkov e.a. 2009

I. Linkov, F.K. Satterstrom, J.C. Monica Jr, S.F. Hansen & T.A. David, 'Nanorisk governance: current development and future perspectives', *Nanotech Law & Business*, 2009/6, pp. 203–220.

Linton & Walsh 2012

J.D. Linton & S.T. Walsh, 'Introduction to the Field of Nanotechnology Ethics and Policy', *Journal of Business Ethics*, (111) 2012/4, pp. 547–549.

Ludlow, Bowmand & Kirk 2009

K. Ludlow, D.M. Bowmand, D. Kirk, 'Hitting the mark or falling short with nanotechnology regulation?', *Trends in Biotechnology*, (27) 2009/11, pp. 615–620.

Marchant 2014

G.E. Marchant, 'Soft Law mechanism for nanotechnology: liability and insurance drivers', *Journal of Risk Research*, (17) 2014/6, 709–719.

Malloy 2011a

T.F. Malloy, 'Nanotechnology Regulation: A study in Claims Making', *ACSNANO* (5) 2011/1, pp. 5–12.

Malloy 2011b

T.F. Malloy, 'Nanotechnology Regulation: A Study in Claims Making', *Journal of Scholarly Perspectives*, (01) 2011/7.

Malloy 2012

T. F. Malloy, 'Soft Law and Nanotechnology: A Functional Perspective', *Jurimetrics Journal*, (52) 2012/3, pp. 347 – 358.

Maxim & Van der Sluijs 2011

L. Maxim & J. van der Sluijs, 'Quality in environmental science for policy: Assessing uncertainty as a component of policy analysis', *Environmental Science & Policy*, 2011/14, pp. 482 – 492.

Maynard 2011

A.D. Maynard, 'Don't define nanomaterials', *Nature*, 2011/475.

Meili & Widmer 2010

M. Meili & C. Widmer, Voluntary measures in nanotechnology risk governance, in: G.A. Hogde, D.M. Bowmand & A.D. Maynard, *International Handbook on Regulating Nanotechnologies*, Northampton: Edward Elgar 2010, pp. 446 – 462.

Menting & Vranken 2014

M-C Menting & J.B.M. Vranken, 'Gedragscodes in een meergelaagd privaatrecht in Europa en Nederland', in: M-C Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief*, Preadviezen 2013 Vereniging Burger Recht.

NNI 2014

National Nanotechnology Initiative <http://www.nano.gov/nanotech-101/what/definition>.

OECD 2014

OECD, Guidance on Grouping of Chemicals, second edition, 2014. [http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=env/jm/mono\(2014\)4&doclanguage=en](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=env/jm/mono(2014)4&doclanguage=en).

Paterson 2011

J. Paterson, 'Law's Approach to Harm in the Context of Scientific Uncertainty', in R. Goldberg (red.) *Perspectives on Causation*, Hart Publishing 2011, pp. 383–408.

Reichow & Dorbeck-Jung 2013

A. Reichow & B. Dorbeck-Jung, 'How can we characterize nano-specific soft regulation? Lessons from occupational health and safety governance', in: K. Konrad (et. al) *Shaping Emerging Technologies: Governance, Innovation, Discourse*, Berlijn-Amsterdam: Akademische Verlagsgesellschaft 2013, pp. 83–102.

Rijnhout e.a. 2013

R. Rijnhout e.a., 'Beweging in het aansprakelijkheidsrecht', (3) *NTBR* 2013/5, pp. 171–185.

RIVM 2011

Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), *Nanomaterials in Consumer Products*, 2011.

Roth 2013

J.F. Roth, Redactioneel bij het Themanummer Beroepsziekten, *Letsel & Schade*, (8) 2013/1.

Scott 2006

C. Scott, 'Self-Regulation and the Meta-Regulatory State,' in: F. Cafaggi (red.), *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Alphen aan den Rijn: Kluwer International Law 2006, pp. 131 – 147.

Spier 2014

J. Spier, 'Gedachten over een vastgelopen stelsel', *AV & S* 2014/6.

Tassinari, Bradley & Holman 2010

O. Tassinari, J. Bradley & M. Holman, 'The evolving nanotechnology environmental, health and safety landscape: a business perspective', in G.A. Hodge, D.M. Bowman & A.D. Maynary, *International Handbook on Regulating Nanotechnologies*, Northampton: Edward Elgar 2010, pp. 177–205.

Vogelezang-Stoute e.a. 2010

E.M. Vogelezang-Stoute, J.R. Popma, M.V.C. Aalders & J.M. Gaarhuis, *Regulering van onzekere risico's van nanomaterialen*, Centrum voor Milieurecht en Hugo Sinzheimer Instituut UvA, *STEM*-publicatie 2010/5.

WRR 2008

Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid (WRR), *Onzekere Veiligheid, Verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008.

WRR 2011

Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid (WRR), *Evenwichtskunst*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

SMART MIXES VAN BELEIDSINSTRUMENTEN BIJ NIEUWE TECHNOLOGIEËN: EEN REACTIE

*Michael Faure**

1 INLEIDING

Elbert de Jong bespreekt in zijn bijdrage verschillende vragen die rijzen naar aanleiding van de ontwikkeling van nieuwe technologieën. De Jong laat zien dat nieuwe technologieën ongetwijfeld vele maatschappelijke voordelen brengen, maar dat er ook risico's aan zijn verbonden. Zijn bijdrage bespreekt de vraag hoe het recht met deze risico's kan omgaan. Hij besteedt daarbij vooral aandacht aan het feit dat er heel vaak onzekerheid is aangaande de vraag of er van de nieuwe technologie ook bepaalde gevaren kunnen uitgaan, en zo ja, wat de mogelijke omvang daarvan kan zijn. De Jong vraagt vooral aandacht voor de rol van het aansprakelijkheidsrecht in het risicobeleid en pleit met name voor het formuleren van een 'voorzorgbeleid' wat dan vervolgens ook in aansprakelijkheidsrechtelijke voorzorgplichten zou dienen te worden vertaald.

Dit interessante verhaal van De Jong kadert in een aloude discussie over de rol van het recht bij nieuwe technologieën waarbij, zelfs toen in de 19^e eeuw de trein op brede schaal werd geïntroduceerd, de vraag rees of de voordelen van deze nieuwe technologie wel opwogen tegen de mogelijke gevaren die daarvan kunnen uitgaan. Een cruciale afweging in dit debat, die ook door De Jong uitgebreid wordt besproken, is steeds de vraag welke partij het best geplaatst is, dat wil zeggen wie de beste informatie heeft, om te bepalen wat de optimale wijze is om mogelijke risico's verbonden aan nieuwe technologieën op adequate wijze te voorkomen.

In die zin kadert de bijdrage van De Jong in de klassieke zoektocht naar de zogenaamde 'smart mixes' van beleidsinstrumenten.¹

Doel van deze reactie is slechts om enkele bedenkingen te formuleren bij de interessante bijdrage van De Jong. Mijn bedoeling is vooral om zijn bijdrage in het iets bredere kader te plaatsen van de zoektocht naar smart mixes waarbij ik vooral een inventarisatie wil geven van de specifieke vragen die daarbij rijzen. Plaats ontbreekt mij in deze reactie om de antwoorden op die mogelijke vragen ook exhaustief te behandelen; ik zal er derhalve

* Michael Faure is hoogleraar Vergelijkend en Internationaal Milieurecht aan Maastricht University en hoogleraar Comparative Private Law and Economics aan Erasmus University Rotterdam.

1 Zie de klassieker op dit terrein van Gunningham & Grabosky 1998.

doorgaans mee volstaan bepaalde aspecten die voor de door De Jong behandelde thematiek van belang zijn, aan te stippen zonder de gelegenheid te hebben deze in detail uit te werken.

Achtereenvolgens ga ik in op de klassieke vraag of de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën door het aansprakelijkheidsrecht of overheidsregulering dient te worden gecontroleerd (2); geef vervolgens enkele beperkingen aan bij overheidsregulering (3) om daaruit enkele consequenties af te leiden (4). Ik ga dan in op de door De Jong aangestipte doorwerking (5) en op het belang van het zogenaamde ontwikkelingsrisico bij nieuwe technologieën (6) en vraag aandacht voor de toepassing van kosten/baten-analyse in voorzorg (7). Ten aanzien van de oproep van De Jong voor een Europeanisering van zorg pleit ik voor een lichte nuance (8) en ga kort in op het door De Jong aangestipte financiële aspect (9). Paragraaf 10 sluit af.

2 PRIVAATRECHT OF OVERHEID: HET KLASSIEKE DILEMMA

De klassieke vraag, die impliciet ook centraal staat in de bijdrage van De Jong, is of de fysieke veiligheid, ook bij nieuwe technologieën, via het privaatrecht dan wel via *ex ante* overheidsregulering dient te worden gecontroleerd. De klassieker ter zake van Shavell geeft aan dat privaatrecht in het algemeen en aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder de voorkeur genieten om de eenvoudige reden dat de kosten daarvan lager zijn.² Er zijn echter enkele omstandigheden waaronder het aangewezen kan zijn fysieke veiligheid veeleer via *ex ante* overheidsregulering aan te pakken. Dat is met name het geval 1. Wanneer de informatie over de optimale preventieve technologieën beter beschikbaar is bij de overheid; 2. Wanneer er een risico bestaat dat de schadeomvang groter is dan het vermogen van de vermoedelijke dader en dus een insolventierisico dreigt; en 3. Wanneer het gevaar bestaat dat nooit een aansprakelijkheidsvordering zal worden gebracht, bijvoorbeeld omdat de schade wijd verspreid is, causaliteitsproblemen rijzen of er een lang tijdsverloop is tussen het ogenblik van de onrechtmatige daad en het optreden van de schade (het probleem van de zogenaamde risico's met een lange staart).

In het kader van de door De Jong besproken thematiek van de nieuwe technologieën en vooral de nanotechnologie besteedt hij terecht veel aandacht aan het eerste criterium, namelijk de vraag wie over de beste informatie beschikt. Juist omdat ten aanzien van nieuwe technologieën vaak grote onzekerheid bestaat, kan het zeer complex en kostbaar zijn om alle mogelijke risico's die gepaard gaan met de introductie van nieuwe technologieën te achterhalen. Het uitzoeken van optimale preventieve technologieën kan heel wat investeringen vereisen in onderzoek en ontwikkeling. Het is, zoals De Jong ook terecht schetst, niet altijd op voorhand duidelijk of private partijen dan wel de overheid de beste informatie

2 Shavell 1984.

hebben om deze afweging op adequate wijze te maken. Een probleem is dat men daarbij niet in algemeenheden kan spreken over ‘de overheid’ en ‘het bedrijfsleven’ juist omdat er bijzonder veel verschillen kunnen zijn in het kennisniveau, zowel bij de overheid, maar eveneens bij het bedrijfsleven.³ Bijvoorbeeld grote petroleummaatschappijen (zoals Exxon, Shell en BP) zullen vermoedelijk het best geplaatst zijn om te weten wat optimale preventieve technologieën zijn ter voorkoming van een zogenaamde ‘blow out’ bij de exploitatie van een boorplatform voor olie- of gaswinning op zee. Deze grote petroleummaatschappijen (ook wel aangeduid als de ‘majors’) hebben een informatievoordeel, zeker vergeleken met kleinere exploitanten, maar soms zelfs vergeleken met de overheid. Echter, ook het midden- en kleinbedrijf houdt zich vaak bezig met de ontwikkeling van nieuwe technologieën en die kleinere bedrijven beschikken vaak niet over de noodzakelijke knowhow en middelen om optimale preventieve technologieën te achterhalen. Juist daar zou een overheidstussenkomen, zo wordt ook terecht door De Jong aangegeven,⁴ het grote voordeel kunnen hebben dat de overheid van schaalvoordelen gebruik kan maken. Dat betekent *de facto* dat de overheid het vereiste onderzoek slechts eenmaal dient uit voeren en de uitkomsten (bijvoorbeeld resulterend in het voorzorgbeleid waar De Jong over spreekt) via regulering aan de markt ter beschikking kan stellen. Dit laat zien dat regulering niet altijd als een voor het bedrijfsleven dwingend keurslijf dient te worden ervaren, maar dat *ex ante* regulering juist ook het voordeel kan hebben dat het een adequaat antwoord biedt op informatietekorten, vooral bij het midden- en kleinbedrijf en dus informatie over een optimaal voorzorgbeleid aan het bedrijfsleven ter beschikking stelt. Terecht wijst De Jong in dat verband ook op de belangrijke rol die bijvoorbeeld door de overheid gesubsidieerde kennisinstituten kan worden gespeeld.⁵ Deze argumenten bieden, conform het klassieke model van Shavell, dus voldoende reden om de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën vooral via *ex ante* overheidsregulering aan te pakken. Overigens speelt in dat verband niet alleen het informatievoordeel van de overheid een rol, maar ook het mogelijk insolventierisico en het gevaar dat (door causaliteits- en latentieproblemen) een aansprakelijkheidsvordering niet zou worden uitgebracht.⁶

3 BEPERKINGEN VAN OVERHEIDSREGULERING

Wanneer, zoals in de vorige paragraaf, simpelweg het klassieke paradigma van Shavell wordt toegepast op nieuwe technologieën zou al snel de (te simplistische) conclusie kunnen worden getrokken dat fysieke veiligheid bij deze nieuwe technologieën (uitsluitend) door

3 Zie ter zake ook De Jong, par. 7.4.

4 De Jong, par. 5.3 *in fine*.

5 De Jong, par. 8.2 *in fine*.

6 In dezelfde zin Faure & Hartlief 2002, pp. 277–280.

ex ante overheidsregulering kan worden afgedwongen. Echter, het is welbekend dat ook overheidsregulering belangrijke beperkingen heeft:

- Zoals reeds aangegeven is soms het bedrijfsleven beter geïnformeerd dan de overheid en kampt die overheid zelf ook met informatietekorten.⁷
- Overheidsregulering is slechts effectief bij een effectieve handhaving hetgeen doorgaans moeilijk kan worden afgedwongen.
- Overheidsregulering neemt vaak de vorm van specifieke gedragsnormen die bijvoorbeeld in vergunningsvoorwaarden kunnen worden neergelegd. Het nadeel daarvan is dat deze vaak een momentopname vormen en onvoldoende rekening houden met ontwikkelingen in technologie. Overheidsregulering is derhalve vaak statisch en niet dynamisch:⁸ ontwikkelingen in technologie kunnen zeer snel gaan terwijl overheidsregulering het bedrijfsleven slechts verplicht om (verouderde) normen na te leven. Bovendien heeft overheidsregulering vaak het nadeel het bedrijfsleven slechts te verplichten tot het naleven van de op dat ogenblik geldige normen, waardoor elke prikkel voor het bedrijfsleven tot investeringen in nieuwe technologieën ter verbetering van het voorzorgsbeleid ontbreken.
- Overheidsregulering wordt (helaas) niet altijd in het algemeen belang gemaakt. Het is welbekend dat belangengroepen vaak een sterke invloed op de overheid uitoefenen en *de facto* vaak het algemeen belang dicteren.⁹ Het resultaat is vaak dat overheidsregulering tot stand komt waarbij de normen soms onvoldoende streng zijn om het bedrijfsleven tegemoet te komen;¹⁰ in andere gevallen tracht het bedrijfsleven juist overdreven strenge normen te introduceren teneinde daardoor de markttoegang voor nieuwkomers te belemmeren.¹¹ Er is ook heel wat empirisch bewijs dat regulering, ten gevolge van de invloed van belangengroepen, ineffectief blijkt te zijn.¹² In Nederland is het vooral de verdienste van Ruers geweest om te laten zien hoe door invloed van belangengroepen en een falend overheidsbeleid de overheid te lang getalmd heeft met adequate regulering ter preventie van schade door blootstelling aan asbest.¹³

Hieruit volgt dat enerzijds *ex ante* publiekrechtelijke regulering door de overheid het primaire instrument zou moeten zijn ter bescherming van de fysieke veiligheid bij de introductie van nieuwe technologieën (2), maar dat anderzijds juist die overheidsregulering

⁷ Daarover ook De Jong, par. 3.1.

⁸ Zo ook De Jong, par. 3.4.

⁹ Zie daarover onder meer de bijdragen in Carpenter & Moss 2014.

¹⁰ Maloney & McCormick 1982.

¹¹ Stigler 1971.

¹² Faure 2012, pp. 307–309.

¹³ Ruers 2012. Zie voor een vergelijkbare conclusie op basis van rechtsvergelijkend onderzoek in België, Nederland en Frankrijk, de Kezel 2013.

ook belangrijke beperkingen toont (3). Tot welke consequenties leidt deze schijnbare paradox?

4 ENKELE CONSEQUENTIES

4.1 Zelfregulering?

Zojuist werd aangegeven dat in bepaalde omstandigheden de overheid zelf ook slechts over beperkte informatie kan beschikken. Wanneer het bedrijfsleven over betere informatie beschikt ten aanzien van de optimale preventieve maatregelen, rijst de vraag of dit geen argument in het voordeel van zelfregulering zou kunnen zijn. De theoretische argumenten in het voordeel van zelfregulering zijn bekend,¹⁴ namelijk dat het bedrijfsleven zelf soms betere informatie heeft over optimale preventieve technologieën dan de overheid; bovendien zou het bedrijfsleven over een grotere expertise en technische kennis beschikken zodat de informatiekosten om de normen vast te stellen en na te leven, lager geacht worden te zijn dan wanneer de overheid dit zelf zou doen. Echter, gevreesd wordt dat bij zelfregulering het bedrijfsleven soms prikkels heeft om de markt af te schermen voor derden teneinde de inkomsten voor het bedrijfsleven als geheel te optimaliseren.¹⁵

De Jong geeft terecht aan dat bedrijven uiteindelijk nutsmaximaliseerders zijn.¹⁶ Het is een bekend gegeven dat economische actoren (overigens niet alleen bedrijven, maar ook individuen) wanneer zij daartoe in staat zijn de voordelen van hun activiteiten (via gegenereerde winsten) zullen trachten op te strijken waarbij zij in de mate van het mogelijke zullen trachten de kosten op derden af te wentelen. Dit gedrag wordt externalisatie genoemd. Rechtsregels en sociale normen¹⁷ zijn juist bedoeld om dergelijk externalisatiegedrag te beperken. Maar precies vanwege deze neiging tot externalisatie van kosten (*de facto*: afwentelen van veiligheidsrisico's op de maatschappij) moet van zelfregulering niet al te veel worden verwacht. Ik zie eerlijk gezegd weinig in de oproep van De Jong¹⁸ aan het bedrijfsleven om 'vrijwillig onderling informatie over de risico's uit te wisselen' via zelfregulering. Informatie (ook over veiligheidsrisico's) biedt voor bedrijven vaak een economisch voordeel en prikkels tot informatie-uitwisseling zullen desbetreffend gering zijn. Een ander probleem is dat zelfregulering vaak alleen in staat is om de 'good guys' binnen de beroepsgroep onder controle te krijgen, maar niet de 'rogues' die bijvoorbeeld ook niet bij een beroepsorganisatie zijn aangesloten. Ook in andere sectoren heeft men gezien dat de

14 Zie daarover vooral Ogus 1995a en Van den Bergh 2008.

15 Zie daarover Philipsen 2003, pp. 23–27.

16 De Jong, par. 6.3.

17 Over de relatie tussen beide zie Posner 2000.

18 De Jong, par. 5.3 *in fine*.

onmogelijkheid om de hele sector (inclusief de ‘rogues’) onder de zelfregulering te laten vallen, vaak een belangrijk faalfactor voor zelfregulering is.¹⁹ Samenvattend zie ik wel mogelijk enige ruimte voor zelfregulering, doch zou ik ter zake toch willen waarschuwen voor al te hoog gespannen verwachtingen, mede gelet op de onmogelijkheid om de sector integraal te controleren. Bovendien lijkt het vanuit het publieke belang tamelijk riskant om de fysieke veiligheid (uitsluitend) van zelfregulering afhankelijk te maken.

4.2 *Better regulation?*

Een andere consequentie van het voorgaande is dat er uiteraard ook middelen zijn om overheidsregulering dynamischer te maken en prikkels te bieden aan het bedrijfsleven tot ontwikkeling van nieuwe preventieve technologieën. Binnen het bestaande paradigma van de klassieke overheidsregulering (via vergunningen)²⁰ zijn er uiteraard mogelijkheden om bijvoorbeeld vergunningsvoorwaarden niet langer statisch te houden, maar dynamisch aan te passen aan ontwikkelingen in de markt. Nog beter is het uiteraard om regulering meer marktgeoriënteerd te maken, door het bedrijfsleven niet langer uitsluitend te verplichten een vooraf gegeven veiligheidsnorm na te leven, maar door bijvoorbeeld met marktgerichte instrumenten zoals heffingen of emissiehandelssystemen te werken waardoor betere prikkels aan het bedrijfsleven worden gegeven om voldoende te investeren in de ontwikkeling van nieuwe technologieën ter bescherming van de fysieke veiligheid.²¹

4.3 *Beleidsinstrumenten versus regulering?*

Het valt op dat De Jong in zijn tekst niet zozeer over veiligheidsregulering in de zin van normen en standaards via vergunningen spreekt, doch veeleer van een ‘voorzorgbeleid’. De Jong lijkt hiermee aan te geven dat de overheid niet zozeer specifieke en welomschreven normen aan het bedrijfsleven zou moeten opleggen, doordat eerder een voorzorgbeleid moet worden ontwikkeld ‘dat erop gericht is om het bedrijfsleven tot actie aan te zetten’.²² Dit lijkt aan te sluiten bij een klassiek onderscheid dat door Ogus is geïntroduceerd aangaande de verschillende typen normen die door de overheid kunnen worden gecreëerd.²³ De beleidsnormen waar De Jong aan refereert sluiten dan vermoedelijk meer aan bij ‘target standards’ waarin aan het bedrijfsleven breed geformuleerde doelstellingen worden opgelegd die dienen te worden bereikt inzake de fysieke veiligheid, maar waarbij (als ik het goed

19 Van Boom, Faure, Huls & Philipsen 2009, pp. 96–98.

20 In de literatuur soms aangeduid als ‘command & control’ regulation.

21 Zie ter zake bijvoorbeeld Ackerman & Stewart 1988.

22 De Jong, par. 1.1.

23 Ogus 1994.

begrijp) de specifieke wijze van het bereiken van die doelstellingen niet rechtstreeks door de overheid wordt voorgeschreven. Het voordeel van het formuleren van dergelijke voorzorgdoelstellingen is uiteraard de flexibiliteit en dynamiek die het biedt: het biedt meer prikkels aan het bedrijfsleven om te investeren in onderzoek en ontwikkeling van nieuwe preventieve technologieën, en vermijdt dat al te strakke normen (die te weinig dynamisch en flexibel zijn) aan het bedrijfsleven zouden worden opgelegd. Anderzijds rijst de vraag of het door De Jong voorgeschreven voorzorgbeleid voldoende specifiek en welomschreven is zodat ook kleinere bedrijven, die juist met de eerder omschreven informatietekorten kampen, voldoende geïnformeerd worden over wat er inzake preventie nu exact van hen wordt verwacht.

4.4 *Complementaire rol aansprakelijkheidsrecht*

De drie vorige punten laten zien dat er verschillende middelen zijn om regulering dynamisch te maken en voldoende prikkels aan het bedrijfsleven te bieden om te investeren in de ontwikkeling van nieuwe preventieve technologieën. Toch zal steeds het risico blijven bestaan dat de hierboven beschreven beperkingen van regulering ook weer kunnen opdoemen. Juist daarom is vaak betoogd dat het aansprakelijkheidsrecht een belangrijke rol te vervullen heeft ter ondersteuning van regulering.²⁴ Het grote voordeel van een blootstelling aan aansprakelijkheid is dat juist dat aansprakelijkheidsrecht wel het dynamisch karakter heeft dat regulering vaak mist. Via de jurisprudentie en de ontwikkelingen daarin kan de rechter inspelen op ontwikkelingen in de technologie en kan het aansprakelijkheidsrecht derhalve worden aangepast aan deze ontwikkelingen. Het voordeel van het aansprakelijkheidsrecht is dat het een prikkelsysteem is waarbij een potentiële dader zich steeds bewust dient te zijn van het feit dat aansprakelijkheidsstelling kan volgen voor de schadelijke consequenties van nieuwe technologieën hetgeen in beginsel optimale prikkels tot investering in preventieve technologieën zou dienen te geven. Rechters kunnen bovendien ontwikkelingen in technologie volgen en op die wijze de vereiste voorzorgstandaard steeds aanscherpen.²⁵ Het is, als ik het goed begrijp, ook deze taak die De Jong voorstaat bij het aansprakelijkheidsrecht waar hij spreekt over de doorwerking van het voorzorgbeleid in de ongeschreven voorzorgplicht.²⁶

²⁴ Zie daarover onder meer Arcuri 2001.

²⁵ Zie daarover onder meer Ott & Schäfer 1997.

²⁶ De Jong, par. 8.

5 HOE WERKT DOORWERKING?

Wanneer ik De Jong goed begrijp, stelt hij voor dat de overheid, onder meer via kennisinstituten, voorzorgbeleid ontwikkelt dat aan het bedrijfsleven kenbaar wordt gemaakt en dat vervolgens via een ongeschreven voorzorgplicht ook in het aansprakelijkheidsrecht zou doorwerken. In die zin werkt het voorzorgbeleid net als specifieke wettelijke normen of regulering waarbij schending van de regulering automatisch als een schending van de voorzorgplicht in het aansprakelijkheidsrecht wordt gezien. Voordeel van een dergelijk automatisme is dat het voorzorgbeleid informatie aan de rechter geeft over de toepasselijke voorzorgplicht en dat tegelijk potentiële slachtoffers ook prikkels zullen krijgen om schending van het voorzorgbeleid aan te tonen omdat dit (wanneer het in causaal verband met de geleden schade staat) tot schadeloosstelling zal leiden. Dit automatisme kan derhalve als een ‘smart mix’ worden beschouwd waarbij slachtoffers ook een rol gaan spelen bij de handhaving van het voorzorgbeleid en het voorzorgbeleid de rechter informeert over toepasselijke normen. Echter, de mate waarin dit voordeel daadwerkelijk van toepassing is, hangt uiteraard samen met de vraag of dit voorzorgbeleid ook daadwerkelijk voldoende informatie aan partijen in de markt en aan de rechter zal bieden. Niet geheel duidelijk is of De Jong in het voorzorgbeleid ook specifieke normen en gedragsregels wil opnemen of dat het veeleer doelstellingen inzake een te bereiken fysieke veiligheid zijn die het bedrijfsleven zou moeten behalen. In dat laatste geval is het wellicht zowel voor het bedrijfsleven, maar ook voor de rechter veel lastiger om vanuit dit voorzorgbeleid ook in een concrete aansprakelijkheidscaus te kunnen achterhalen of een bepaalde dader nu al dan niet onrechtmatig heeft gehandeld.

Tegelijk geeft De Jong, eveneens terecht, aan dat de ‘gedragsnormerende aanbevelingen’,²⁷ slechts een minimumnorm zijn en dat derhalve naleving van deze normen niet automatisch van aansprakelijkheid zal bevrijden. Ook dat lijkt logisch: het kan immers zo zijn dat de optimale voorzorgplicht op een hoger niveau ligt dan wat in het voorzorgbeleid was uitgestippeld. Wanneer naleving van het voorzorgbeleid dan al als bevrijdend zou werken, zou dit uiteraard te geringe prikkels tot naleving meebrengen.

Nog twee kanttekeningen in dit verband: wanneer gedragsaanbevelingen relatief vaag worden geformuleerd en bijvoorbeeld als open normen inzake een bepaalde te bereiken fysieke veiligheid worden geformuleerd, bestaat het gevaar dat wanneer de rechter *ex post* de aansprakelijkheid dient te beoordelen al gauw zal worden aangenomen dat er een schending van de voorzorgplicht was (en dus aansprakelijkheid volgt) met name omdat het ongewenste gevolg (de schade) is ingetreden. Het gevaar bestaat²⁸ dat dan met kennis achteraf (de zogenaamde hindsight bias) wordt geoordeeld dat de dader bepaalde preven-

²⁷ Zie De Jong, par. 8.4.

²⁸ De Jong signaleert dat ook in par. 9.3.

tieve maatregelen had dienen te nemen omdat het risico en de daar mogelijk uit voortvloeiende schade wel degelijk voorzienbaar was terwijl dat vanuit een *ex ante* perspectief wel eens zeer twijfelachtig zou kunnen zijn. Oordelen met de achteraf verkregen wijsheid leidt potentieel tot een verkeerd oordeel over wat *ex ante* kenbaar en haalbaar was inzake preventieve maatregelen.²⁹ Een ander aspect is dat De Jong met zijn nadruk op gedragsaanbevelingen en voorzorgplichten sterk binnen het paradigma van de traditionele schuldaansprakelijkheid lijkt te blijven. Nochtans neigt het afdwingen van een voorzorgbeleid via een ongeschreven voorzorgplicht, zeker wanneer in dat voorzorgbeleid bepaalde te behalen doelstellingen inzake de fysieke veiligheid zouden worden geïncorporeerd, sterk naar een risicoaansprakelijkheid. Wanneer die fysieke veiligheid niet zou worden gehaald zou dit automatisch aanleiding geven tot aansprakelijkheid. Overigens is het informatietekort bij de rechter mogelijk ook een argument in het voordeel van die risicoaansprakelijkheid. Immers, de toepassing van de schuldaansprakelijkheid veronderstelt dat de rechter, teneinde de kelderluikcriteria te kunnen toepassen³⁰ ook over informatie dient te beschikken over de waarschijnlijkheid dat vanuit een nieuwe technologie bepaalde risico's tot stand komen met mogelijke schade en over de bezwaarlijkheid van eventuele preventieve maatregelen. Wanneer dergelijke informatie al moeilijk te achterhalen is voor het bedrijfsleven, is dat zeker voor de rechter het geval. Het voordeel van de risicoaansprakelijkheid bij risico's in geval van nieuwe technologieën is dat het integrale risico naar het bedrijfsleven wordt verschoven waardoor deze optimale prikkels krijgt om zelf de afweging te maken inzake de vereiste preventieve maatregelen teneinde de fysieke veiligheid op optimale wijze te waarborgen.³¹

6 ONTWIKKELINGSRISICO?

Een quasi onvermijdelijk probleem, zeker bij de toepassing van nieuwe technologieën en het voortschrijdend inzicht in de rechtspraak, is dat in de individuele casus waarin een nieuwe veiligheidsnorm wordt vastgesteld, deze *de facto* vaak met terugwerkende kracht wordt toegepast. De toepassing van een nieuwe norm met terugwerkende kracht is altijd hoogst omstreden. Het nadeel daarvan is immers dat het bedrijf dat in de specifieke casus als verweerder optreedt de nieuwe, strengere norm, niet kon kennen en toch aansprakelijk wordt gehouden voor schade voor een risico dat *de facto* onvoorzienbaar was. Het alternatief om de zorgvuldigheidsnorm in het aansprakelijkheidsrecht dan niet aan te passen aan ontwikkelingen in de technologie is vanzelfsprekend ook onwenselijk. Daarmee zouden alle voordelen van het eerder vermelde dynamische karakter van het aansprakelijkheids-

²⁹ Zie ter zake vooral Rachlinski 1998.

³⁰ Zie De Jong, par. 7.5.

³¹ Zie voor de criteria voor de keuze tussen schuld en risicoaansprakelijkheid Shavell 1980.

recht³² immers ook verloren gaan. Het antwoord op dit dilemma is op fraaie wijze ontwikkeld in verscheidene publicaties van Haazen en meer bepaald in zijn proefschrift.³³ De oplossing wordt geboden via het zogenaamde ‘prospective overruling’. In dat geval geeft een rechter aan dat de zorgvuldigheidsstandaard voor de toekomst zal wijzigen. Daardoor wordt vermeden dat de verweerder in het individuele geval gehouden wordt aan een zorgstandaard die voor hem niet kenbaar was, maar wordt anderzijds via de informatie-functie van de jurisprudentie wel aan de markt duidelijk gemaakt dat voor toekomstige gevallen de zorgstandaard naar een hoger niveau is aangepast.³⁴

7 KOSTEN/BATEN-ANALYSE IN VOORZORG

Een belangrijk knelpunt bij de toepassing van het voorzorgbeginsel (dat steeds komt opduiken wanneer onzekerheid bestaat over mogelijke risico’s, hetgeen juist bij nieuwe technologieën het geval kan zijn) is dat een ongenueanceerde toepassing van dit beginsel tot hoge kosten aanleiding zou kunnen geven. Zo is erop gewezen dat het gevaar kan bestaan dat bepaalde nieuwe technologieën niet worden ingevoerd vanwege mogelijke onzekere risico’s terwijl de voordelen van de betreffende technologie uit het oog worden verloren.³⁵ Het uitsluiten van bepaalde nieuwe technologieën (zoals geneesmiddelen) op basis van onzekere risico’s kan ook juist weer nieuwe, andere risico’s creëren (op ziekten die voortvloeien uit het achterwege blijven van de invoering van de nieuwe technologie).³⁶ Het resultaat van deze overwegingen is dat er voor wordt gepleit om ook bij de toepassing van een voorzorgbeleid een kosten/baten-analyse in ogenschouw te nemen.³⁷ Dit is overigens ook onderkend door De Jong die opmerkt dat ten aanzien van zijn voorzorgplichten ook kelderluikachtige criteria in aanmerking moeten worden genomen.³⁸ Dit volgt een eenvoudige economische logica die erin bestaat dat voorzorg niet ten alle prijs kan worden nagestreefd, maar dat de kosten van voorzorgmaatregelen ook tegen de verwachte baten dienen te worden afgewogen.

32 Zie *supra* 4.4.

33 Haazen 2001.

34 Zie over dit dilemma verder Faure, Goodwin & Weber 2014.

35 Ogus 1995b.

36 Het betreft de zogenaamde risk-risk trade offs. Zie daarover Sunstein 2002.

37 Zie ter zake voor meer details Arcuri 2012.

38 De Jong, par. 7.5.

8 HARMONISATIE OF CONCURRENTIE VAN NORMEN?

De Jong merkt in zijn bijdrage op dat technologische ontwikkelingen uiteraard niet stoppen bij de nationale grenzen en dat het derhalve ook van belang is om bij alle nieuwe technologieën, maar in het bijzonder bij nanotechnologie, ook op internationale technologische ontwikkelingen acht te slaan.³⁹ Hij stelt zelfs de vraag of het niet van belang zou zijn om veiligheidsstandaarden te harmoniseren en internationale actie te ondernemen. Dit is een gevoelig, maar complex en omstreden thema. Centralisatie is doorgaans aangewezen wanneer er grensoverschrijdende externe effecten zijn.⁴⁰ Daarvan zou in dit geval zeker sprake kunnen zijn, maar niet noodzakelijk. In enkele gevallen kan een nieuwe technologie zeker ook tot schade in buurlanden leiden, maar een argument voor centralisatie bestaat er alleen wanneer landen in een zodanige concurrentiestrijd met elkaar verward zouden raken dat ze industrie via zwakke regulering zouden trachten aan te trekken. Dit is ook gerelateerd aan een tweede argument voor centralisatie, namelijk het risico van een zogenaamde 'race-to-the-bottom'.⁴¹ Ook dat argument lijkt twijfelachtig in het geval van veiligheidsregulering in het kader van de bevordering van de fysieke veiligheid. Het lijkt twijfelachtig dat staten in een zodanige concurrentiestrijd verward zouden geraken dat staten via zwakke normen industrie zouden willen aantrekken waardoor zij een soort 'pollution haven' zouden creëren. Daartegenover wordt door velen gewezen op het feit dat harmonisatie enerzijds wel voordelen kan hebben (bijvoorbeeld schaalvoordelen door samenwerking bij ontwikkeling van veiligheidsnormen), maar dat een voordeel van gedifferentieerde normen juist is dat daardoor ook een concurrentie tussen rechtsstelsels zal ontstaan waardoor getracht wordt normen van betere kwaliteit te leveren. Het bestaan van verschillen in rechtsstelsels heeft daarenboven als voordeel dat ook positieve leereffecten kunnen ontstaan: door het bestaan van verschillen tussen rechtssystemen kunnen landen ook leren van de ervaringen van anderen en daar hun regulering op aanpassen. Dergelijke leereffecten gaan verloren in het geval van een geüniformeerde, geharmoniseerde veiligheidsregulering.⁴² Samenvattend zou ik willen pleiten voor enige nuance ten aanzien van een eventuele harmonisatie van veiligheidsnormen. Uitwisseling van informatie kan (als daartoe al prikkels zouden worden gegenereerd) ongetwijfeld nuttig zijn omdat dit tot wederzijdse leereffecten kan leiden. Harmonisatie of unificatie van normen heeft echter juist een tegengesteld effect omdat daardoor een statische norm wordt vastgelegd, verdere ontwikkeling wordt belemmerd en leereffecten teloorgaan. Verschillen tussen rechtssystemen kunnen een

39 De Jong, par. 3.5.

40 Revesz 1996.

41 Daarover Revesz 1992.

42 Zie desbetreffend onder meer Van den Bergh 1994 en 2000.

positieve concurrentie teweeg brengen⁴³ waardoor, via wederzijdse leereffecten, de kwaliteit van de veiligheidsregulering zou kunnen toenemen.

9 FINANCIËN

De Jong merkt in zijn bijdrage op dat ook financiële overwegingen een belangrijke rol spelen bij de uitvoering van voorzorg.⁴⁴ De Jong merkt ter zake op dat de nieuwjaarsbrand in Volendam en de vuurwerkramp in Enschede de overheid hebben doen beseffen dat er een sterke wens is om de financiële risico's meer naar bedrijven te verplaatsen. In dat verband kan uitsluitend een oproep worden herhaald die reeds eerder was geformuleerd, namelijk om ook in Nederland, veel meer dan vandaag het geval is, gebruik te maken van verplichte solvabiliteitsgaranties.⁴⁵ Het is hemeltergend dat in Nederland exploitanten van ook risicovolle activiteiten (al dan niet verbonden met nieuwe technologieën) risico's in het leven kunnen roepen (en daarmee deze kunnen externaliseren naar de maatschappij) zonder daarvoor de volledige financiële verantwoordelijk te dragen. Dit is *de facto* steeds het geval wanneer een exploitant (zoals de casus van Volendam en Enschede lieten zien) risico's veroorzaken die een schade kunnen meebrengen die een veelvoud is van een eigen vermogen. Wanneer geen afdoende dekking via verplichte verzekering of andere solvabiliteitsgaranties bestaat, worden de kosten daarmee op de maatschappij afgewenteld. Dit zal ook meebrengen dat de exploitant onvoldoende prikkels tot preventie heeft aangezien hij onvoldoende staat blootgesteld aan de volledige financiële gevolgen van zijn activiteiten. Naar Belgisch voorbeeld zou hier een verplichting moeten worden ingevoerd om bij risicovolle activiteiten exploitanten ertoe te dwingen solvabiliteitsgaranties te bieden. Recent is dit wederom voorgesteld door Hartlief⁴⁶ in het kader van zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging en dit pleidooi kan, ook wat de invoering van nieuwe technologieën betreft, uiteraard alleen maar krachtig worden ondersteund. Het voordeel van de invoering van solvabiliteitsgaranties of verplichte verzekering is niet alleen dat een externalisatie van potentiële schade voortvloeiend uit nieuwe technologieën op de maatschappij wordt voorkomen, maar dat bovendien ook de verzekeraar (of de verschaffer van financiële zekerheid) via een controle van de activiteiten van de exploitant ook aanvullende veiligheidsgaranties kan stellen en daarmee ook een positieve rol kan spelen bij de bescherming van de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën.

⁴³ Zie daarover *inter alia* Smits 2011.

⁴⁴ De Jong, par. 6.4.

⁴⁵ Zie onder meer Faure & Hartlief 2002, pp. 195–208.

⁴⁶ Hartlief 2014.

10 SLOT

De Jong heeft een interessante bijdrage geschreven over de juridische technieken die kunnen worden gebruikt ter bescherming van de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën. De cruciale vraag is hoe aan alle betrokkenen prikkels kunnen worden geboden, vooral om informatie te genereren over de mogelijke risico's die verbonden zijn aan deze nieuwe technologieën en de wijze waarop die risico's door adequate preventiemaatregelen kunnen worden voorkomen. Het gaat derhalve om de prikkels tot innovatie wat betreft technologische vernieuwing en preventie.

Terecht vraagt De Jong in zijn bijdrage aandacht voor de rol die het aansprakelijkheidsrecht op dat vlak kan spelen. Hij pleit voor een voorzorgbeleid met gedragsnormerende aanbevelingen, hoewel wellicht nog kan worden gespecificeerd waaruit die aanbevelingen dan precies zouden bestaan. Ook pleit De Jong voor een doorwerking van deze voorzorgsnormen in het aansprakelijkheidsrecht.

In dit korte commentaar gaf ik aan dat ik (met enkele nuances) in belangrijke mate het pleidooi van De Jong onderschrijf. Plaats ontbrak mij om die nuances in voldoende mate uit te werken. Ik heb enkel trachten aan te geven dat de vraag in welke mate de fysieke veiligheid door een complex samengaan van rechtsregels, aansprakelijkheidsregels en sociale normen kan worden bevorderd buitengewoon complex is en aanleiding geeft tot verder onderzoek naar optimale 'smart mixes' tussen deze verschillende juridische en beleidsinstrumenten. Terecht vraagt De Jong aandacht voor de rol die het aansprakelijkheidsrecht op dit vlak kan spelen. Anderzijds ziet hij ongetwijfeld ook dat de verwachtingen op dat vlak zeker niet overschat mogen worden. Hierboven werd reeds gewezen op de klassieke barrières, zoals latentieperiodes, bewijs- en causaliteitsproblemen; daarnaast kan ook op de belemmeringen inzake de rechtstoegang worden gewezen die voor velen toch ook altijd zullen meebrengen dat 'access to justice' in het aansprakelijkheidsrecht veeleer hypothetisch blijft.⁴⁷ Zolang dat het geval is, zal een externalisatie van risico's, ook bij nieuwe technologieën, nog steeds tot de mogelijkheden behoren. Dat dient tegen elke prijs te worden voorkomen, bij voorkeur door het afwentelen van de risico's op de exploitanten (in plaats van op de maatschappij), onder meer door een sterker gebruik van risicoaansprakelijkheden, maar ook door exploitanten ertoe te verplichten *ex ante* solvabiliteitsgaranties te laten stellen ter dekking van de potentiële schade die uit hun activiteiten kan voortvloeien. Juist deze zoektocht naar optimale 'smart mixes' tussen overheidsregulering, zelfregulering, voorzorgbeleid, aansprakelijkheidsrecht en prikkels gegenereerd door verzekeraars en de onderlinge samenwerking tussen deze systemen, vergt ongetwijfeld nog meer aandacht en verder onderzoek.

⁴⁷ Zie daarover de bijdragen in Tuil en Visscher 2010.

LITERATUUR

Ackerman & Stewart 1988

B.A. Ackerman & R.B. Stewart, 'Reforming environmental law: the democratic case for market incentives', *Columbia Journal of Environmental Law*, 1988, pp. 171–186.

Arcuri 2001

A. Arcuri, 'Controlling environmental risk in Europe: the complementary role of an EC environmental liability regime', *Tijdschrift voor Milieuaansprakelijkheid*, 2001, pp. 37–45.

Arcuri 2012

A. Arcuri, 'Risk regulation', in R.J. Van den Bergh & A.M. Paces (eds.), *Regulation and economics*, Cheltenham: Edward Elgar, 2012, pp. 302–338.

Van Boom, Faure, Huls & Philipsen 2009

W.H. van Boom, M.G. Faure, N.J.H. Huls & N.J. Philipsen, *Handelspraktijken, reclame en zelfregulering. Pilot study maatschappelijke reguleringsinstrumenten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2009.

Van den Bergh 1994

R. Van den Bergh, 'The subsidiarity principle in European Community law: some insights from law and economics', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 337–366.

Van den Bergh 2000

R. Van den Bergh, 'Economic criteria for applying the subsidiarity principle in European environmental law', in R.L. Revesz, P. Sands & R.B. Stewart (eds.), *Environmental law, the economy, and sustainable development*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 80–95.

Van den Bergh 2008

R. Van den Bergh, 'De maatschappelijke wenselijkheid van gedragscodes vanuit rechtseconomisch perspectief', *WPNR*, 2008, pp. 792–798.

Carpenter & Moss 2014

D. Carpenter & D.A. Moss, *Preventing regulatory capture. Special interest influence and how to limit it*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Faure 2012

M.G. Faure, 'Effectiveness of environmental law: what does the evidence tell us?', *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, 2012, pp. 293–336.

Faure & Hartlief 2002

M.G. Faure & T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer, 2002.

Faure, Goodwin & Weber 2014

M. Faure, M. Goodwin & F. Weber, 'The regulator's dilemma: caught between the need for flexibility & the demands of foreseeability. Reassessing the *lex certa* principle', *Albany Law Journal of Science & Technology*, 2014, pp. 283–364.

Gunningham & Grabosky 1998

N. Gunningham & P. Grabosky, *Smart regulation: designing environmental policy*, Oxford: Clarendon Press, 1998.

Haazen 2001

O.A. Haazen, *Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht. Een verhandeling over de terugwerkende kracht van rechtspraak, de rechtsdwaling en de democratische rechtsvindingsleer*, dissertatie, Katholieke Universiteit Brabant, 2001.

Hartlief 2014

T. Hartlief, 'Privaatrecht in nood. Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiekrecht', *Pre-advies Nederlandse Juristenvereniging*, Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging, 2014.

De Kezel 2013

E. de Kezel, *Asbest, gezondheid en veiligheid. Ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, dissertatie, Universiteit Utrecht, Antwerpen: Intersentia, 2013.

Maloney & McCormick 1982

M.T. Maloney & R.E. McCormick, 'A positive theory of environmental quality regulation', *Journal of Law and Economics*, 1982, p. 99.

Ogus 1994

A.I. Ogus, *Regulation. Legal form and economic theory*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

Ogus 1995a

A.I. Ogus, 'Rethinking self-regulation', *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, pp. 97–98.

Ogus 1995b

A.I. Ogus, 'Quality control for European regulation', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1995, pp. 325–338.

Ott & Schäfer 1997

C. Ott & H.B. Schäfer, 'Negligence as untaken precaution, limited information and efficient standard formation in the civil liability system', *International Review of Law and Economics*, 1997, pp. 15–29.

Philipsen 2003

N.J. Philipsen, *Regulation of and by pharmacists in the Netherlands and Belgium: an economic approach*, Antwerpen: Intersentia, 2003.

Posner 2000

E.A. Posner, *Law and social norms*, Cambridge: Harvard University Press, 2000.

Rachlinski 1998

J.J. Rachlinski, 'A positive psychological theory of judging in hindsight', *The University of Chicago Law Review*, 1998, pp. 571–625.

Revesz 1992

R.L. Revesz, 'Rehabilitating interstate competition: rethinking the race-for-the-bottom rationale for federal environmental regulation', *New York University Law Review*, 1992, pp. 1210–1254.

Revesz 1996

R. Revesz, 'Federalism and interstate environmental externalities', *University of Pennsylvania Law Review*, 1996, pp. 2341–2416.

Ruers 2012

R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering*, dissertatie, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2012.

Shavell 1980

S. Shavell, 'Strict liability versus negligence', *Journal of Legal Studies*, 1980, pp. 1–25.

Shavell 1984

S. Shavell, 'Liability for harm versus regulation of safety', *Journal of Legal Studies* 1984, pp. 357–374.

Smits 2011

J. Smits, 'Is law a parasite? An evolutionary explanation of differences among legal traditions', *Review of Law & Economics*, vol 7(3), 2011, pp. 791–804.

Stigler 1971

G. Stigler, 'The theory of economic regulation', *Bell Journal of Economics*, 1971, pp. 3–21.

Sunstein 2002

C.R. Sunstein, *Risk and reason: safety, law and the environment*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Tuil & Visscher 2010

M. Tuil & L. Visscher (red.), *New trends in financing civil litigation in Europe. A legal, empirical and economic analysis*, Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

VERSCHUIVING VAN DE DRAAGPLICHT VAN SCHADE VEROORZAAKT DOOR EEN RECHTMATIGE OVERHEIDSDAAD

*Berthy van den Broek**

1 INLEIDING

Het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad heeft zich in Nederland sinds de jaren '90 van de vorige eeuw sterk ontwikkeld. Daartoe hebben onder meer de ruimhartige planschadejurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak inzake art. 49 WRO, de vaststelling van nadeelcompensatieregelingen voor grote infrastructurele projecten en tenslotte de erkenning van het zelfstandig schadebesluit op grond van het ongeschreven *égalité*beginsel bijgedragen. Met de erkenning van het zelfstandig schadebesluit werd de (laagdrempelige) weg naar de bestuursrechter geopend, zodat het voor een burger gemakkelijker werd om claims in te dienen bij de bestuursrechter.¹ Hoewel het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is gebaseerd op het uitgangspunt dat een ieder zijn eigen schade draagt, werd in de literatuur gesproken over de ontwikkeling van een cultuur waarin 'pech moet weg' het adagium zou zijn.² De overheid leek verantwoordelijk te kunnen worden gehouden voor alle schade die een burger ondervond tengevolge van maatregelen die in het algemeen belang werden getroffen. Met name de planschadejurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak leek destijds sterk gericht te zijn op bescherming van de grondeigenaar die, geconfronteerd met schade door nadelige planologische ontwikkelingen, ruime mogelijkheden werd geboden om via een planschadeverzoek deze schade af te wentelen op de overheid.³ Eind jaren '90 van de vorige eeuw werd in de literatuur de trend van een groeiende overheidsaansprakelijkheid voor rechtmatige overheidsdaad gesignaleerd.⁴ Gevreesd werd voor het ontstaan van een claimcultuur in Nederland, waarbij steeds meer schadeclaims verband houdende met de besluitvorming van de overheid op het gebied van ruimtelijke ordening

* Berthy van den Broek is werkzaam bij de Afdeling Staats- en bestuursrecht en Rechtstheorie en verbonden aan het Ucall, het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* en het *Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law* van de Faculteit Recht Economie Bestuur en Organisatie van de Universiteit Utrecht.

1 Onder de voorwaarde, dat aan de vereisten van materiële en processuele connexiteit is voldaan. Zie ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762 (*Van Vloderp*).

2 Zie Damen 1996.

3 Zie Van den Broek 2002.

4 Zie bijvoorbeeld Van Zundert 2001, p. 278; Van den Berk 2003, p. 583.

en infrastructuur zouden worden toegewezen en steeds hogere bedragen zouden worden toegekend. In de nota 'Naar een claimcultuur in Nederland' maakte de toenmalige Minister van Justitie een analyse van deze claimcultuur, waarbij onder meer werd gewezen op de groeiende overheidsaansprakelijkheid.⁵

Nu, in 2014, is het beeld genuanceerder. Hoewel de weg naar de bestuursrechter met de algemene nadeelcompensatieregeling in de Awb alleen nog maar ruimer lijkt te worden, en men kan stellen dat na de inwerkingtreding van deze wet de schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad een overwegend bestuursrechtelijk leerstuk wordt, kan de burger zijn schade niet altijd afwentelen op de overheid en rust bovendien de draagplicht van de schade niet uitsluitend meer bij de overheid. Deze ontwikkeling past binnen de meer algemene trend van een terugtrekkende overheid, waarin de verdeling van verantwoordelijkheden tussen overheid, bedrijfsleven en burgers aan veranderingen onderhevig is. De Afdeling bestuursrechtspraak stelt zich vaker op het standpunt, dat de nadelige financiële gevolgen van bepaalde overheidsmaatregelen voor rekening van de benadeelde burger of ondernemer behoren te blijven, omdat men er in de samenleving nu eenmaal rekening mee moet houden dat bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen niet alleen voordelen maar ook nadelen kunnen hebben. Bovendien is het niet langer uitsluitend de overheid die de kosten draagt van de schadevergoedingen die aan burgers worden toegekend ter compensatie van de nadelige gevolgen van haar besluitvorming op het gebied van ruimtelijke ordening en infrastructuur. Ook de bedrijven die bij deze besluitvorming een bijzonder belang hebben, worden geacht aan deze kosten een bijdrage te leveren. Op het gebied van de rechtmatige overheidsdaad is sinds enige jaren een debat gaande rondom de vraag wie (uiteindelijk) de schade behoort te dragen die voortvloeit uit rechtmatige overheids-handelingen die het algemeen belang bevorderen: de overheid, het bedrijfsleven dat daarvan een bijzonder profijt heeft of wellicht de benadeelde burger zelf.⁶ Twee ontwikkelingen in wetgeving en jurisprudentie hebben aan daaraan bijgedragen.

In 2005 werd in art. 49a WRO (thans art. 6.4a Wro) een bepaling opgenomen, die het voor een bestuursorgaan mogelijk maakte om met de initiatiefnemer van het project een verhaalsovereenkomst te sluiten. Wanneer een verhaalsovereenkomst is gesloten, kan het bedrag van de schadevergoeding dat het bestuursorgaan op grond van art. 6.1 Wro heeft toegekend aan de benadeelde burger worden verhaald op de initiatiefnemer van een project. Daardoor verschuift de draagplicht van de schade van de overheid naar de (particuliere) initiatiefnemer.⁷

⁵ *Kamerstukken II*, 1998–99, 26630, nr. 1.

⁶ Vgl. Van Doorn 2013.

⁷ Art. 7.17 Waterwet maakt het voor een bestuursorgaan mogelijk om de kosten voor de schadevergoeding via een 'afwentelingsbeschikking' te verhalen op de aanvrager van een watervergunning.

In 2008 vormde de codificatie van het normaal maatschappelijk risico in art. 6.2 Wro een kantelpunt in de wetgeving en jurisprudentie ter zake van rechtmatige overheidsdaad, waarna het overgrote deel van de verzoeken om planschade en nadeelcompensatie werden afgewezen. Voor zover de schade behoort tot het normale maatschappelijke risico, kan de schade niet meer worden afgewenteld op de overheid maar komt deze voor rekening van de benadeelde burger.⁸

Het is interessant om deze ontwikkelingen te plaatsen in het licht van thema van deze bundel. Nadeelcompensatie is immers niet langer een 'exclusieve overheidsstaak'.⁹ De draagplicht van de schade die het gevolg is van rechtmatig overheidsoptreden is (groot)deels verschoven van de overheid naar de private partijen, dat wil zeggen, de initiatiefnemer die een bijzonder belang heeft bij de totstandkoming van een bepaald project, of de benadeelde burger zelf. In veel gevallen kunnen er drie partijen worden onderscheiden die betrokken zijn bij de besluitvorming omtrent een verzoek om nadeelcompensatie: het bestuursorgaan dat aansprakelijk wordt gesteld, de initiatiefnemer van het project in het kader waarvan de schade wordt veroorzaakt, en de benadeelde burger die een aanvraag om schadevergoeding heeft ingediend. De invloed van de 'sterke' private partij (de initiatiefnemer van het project in het kader waarvan schade wordt toegebracht) is sterker geworden in het planschaderecht, mede gelet op het feit dat de initiatiefnemer wordt aangemerkt als een belanghebbende bij het besluit omtrent het verzoek van de 'zwakke' private partij (de benadeelde), zodat deze zich kan mengen in de rechtsbeschermingsprocedure tegen het planschadebesluit en de uitkomst daarvan kan beïnvloeden.¹⁰ De rol van het bestuursorgaan is formeel hetzelfde gebleven. Een aanvraag om nadeelcompensatie wordt (in beginsel) ingediend bij het bestuursorgaan dat het schadeveroorzakende besluit genomen heeft, en dit bestuursorgaan neemt vervolgens een besluit op deze aanvraag.

In deze bijdrage zal ik de vraag beantwoorden in hoeverre het verschuiven van de draagplicht van de schade naar private partijen binnen het leerstuk van de rechtmatige overheidsdaad gerechtvaardigd is.

2 HET ÉGALITÉBEGINSEL: SCHADE DIE WORDT VEROORZAAKT DOOR EEN OVERHEIDSMATREGEL DIE NOODZAKELIJK IS IN HET ALGEMEEN BELANG VAN DE SAMENLEVING

Sinds de Van Vlodrop-uitspraak in 1997 is het ongeschreven égalitébeginsel door de bestuursrechter erkend als rechtsgrondslag voor de aansprakelijkheid van bestuursorganen voor schade die zij veroorzaken in het kader van de rechtmatige uitoefening van publiek-

⁸ Zie G.M. van den Broek 2014.

⁹ Zie Van den Berk 2003.

¹⁰ Zie Van Ettekoven 2013, p. 82.

rechtelijke bevoegdheden. Het beginsel van de ‘égalité devant les charges publiques’ houdt de overheid aansprakelijk, indien ter behartiging van het algemeen belang van de samenleving maatregelen worden getroffen, die weliswaar rechtmatig zijn maar (desondanks) een kleine groep burgers of instellingen onevenredig zwaar belasten.¹¹ De overheid wordt geacht de nadelen die voortvloeien uit de behartiging van het algemene belang van de samenleving gelijk te verdelen over alle burgers. Dit betekent dat iedere burger de lusten maar ook de lasten ondervindt van het leven in een geordende samenleving. Tot op zekere hoogte dient de burger de binnen de samenleving als normaal te beschouwen lasten te dragen, die voortvloeien uit de behartiging van het algemene belang. Slechts wanneer het nadeel als ‘onevenredig zwaar’ kan worden beschouwd in vergelijking tot de lasten die andere burgers in een vergelijkbare positie opgelegd krijgen, kan de overheid aansprakelijk worden gesteld.¹²

De reden om de overheid aansprakelijk te stellen, is onder andere gelegen in de noodzaak om ter behartiging van algemene belangen maatregelen te treffen, die rechtmatig zijn (en dus voldoen aan de wettelijke eisen en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel of het vereiste van een evenredige belangenafweging) maar waaraan inherent is, dat zij burgers schade berokkenen. Tjepkema stelt in dit verband dat het moet gaan om een weloverwogen veroorzaakt nadeel, een last die de overheid bewust en weloverwogen oplegt aan burgers omdat de behartiging van het algemeen belang dit vergt.¹³ Een bekend voorbeeld geeft het Varkensmester-arrest: de Minister van Landbouw en Visserij vaardigde in 1986 een verbod uit op het voeren van varkens met swill, welk verbod onmiddellijk van kracht werd. Dit verbod was noodzakelijk in verband met de bestrijding van de Afrikaanse varkenspest, welk belang als buitengewoon zwaarwegend werd beschouwd. Hoewel het verbod op zichzelf rechtmatig was, was de Staat aansprakelijk voor de schade die Leffers leed, omdat hij behoorde tot een beperkte groep varkensmesters die hun bedrijf geheel hadden ingericht op vervoeding van swill en niet van de ene dag op de andere op een ander vervoederingsstelsel konden overstappen, zonder dat de winstgevendheid van het bedrijf verloren zou gaan. Deze beperkte groep werd in onevenredige mate in haar belangen getroffen door het plotseling opgelegde en drastische verbod. Op grond van het beginsel van de ‘égalité devant les charges publiques’ is de Staat aansprakelijk voor de schade.

De maatregel die aan de orde was in het Varkensmester-arrest is op initiatief van de overheid getroffen. Andere vergelijkbare voorbeelden van maatregelen die worden getroffen ter behartiging van het algemeen belang en waarbij de overheid de initiatiefnemer is, zijn

11 ABRvS 6 mei 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AA6762.

12 Zie Tjepkema 2010.

13 Zie Tjepkema 2010, § 5.2.3.

infrastructurele werken zoals wegen, dijken en openbaar vervoer. Het nadeel dat burgers of ondernemers ondervinden van dergelijke infrastructurale maatregelen, wordt tot op zekere hoogte beschouwd als een normale last, die moet worden geduld zonder dat daar een schadevergoeding voor wordt geboden. In dat geval moet de benadeelde burger of ondernemer zelf de schade dragen. Slechts indien de schade uitstijgt boven het normale maatschappelijke risico, kan een vergoeding worden geboden en kan de overheid aansprakelijk worden gesteld voor de schade.

Het normale maatschappelijke risico van de burger is een van de belangrijkste grenzen van de aansprakelijkheid uit rechtmatige overheidsdaad.¹⁴ Sinds enkele jaren wordt deze grens door de Afdeling bestuursrechtspraak tamelijk streng toegepast. Dit heeft geleid tot een aanzienlijke inperking van de overheidsaansprakelijkheid, met name voor planschade. Geconcludeerd kan worden dat de burger of ondernemer in meer gevallen dan voorheen de planschade zelf moet dragen en die niet kan afwentelen op de overheid.

3 SCHADE DIE WORDT VEROORZAAKT IN HET KADER VAN EEN PROJECT WAARBIJ EEN PRIVATE PARTIJ EEN BIJZONDER BELANG HEEFT

Onder meer op het terrein van de ruimtelijke ordening zijn er voorbeelden van besluiten en maatregelen die kunnen leiden tot aansprakelijkheid wegens rechtmatige overheidsdaad, waarbij een derde (bijvoorbeeld een particulier of een bedrijf) de initiatiefnemer is of bij het project een bijzonder belang heeft. Een voorbeeld is de situatie waarin een bestuursorgaan op verzoek van een private partij een besluit neemt waarbij toestemming wordt gegeven voor een project. Een voorbeeld is de vaststelling van een bestemmingsplan door de gemeenteraad, dat voorziet in een woningbouwproject. Dit project dient niet alleen het algemene belang van de volkshuisvesting maar ook in belangrijke mate het particuliere belang van de projectontwikkelaar. Deze initiatiefnemer heeft een bijzonder belang bij het project. Een ander voorbeeld is de besluitvorming van de overheid ten aanzien van de uitbreiding van de luchthaven Schiphol met een vijfde start- en landingsbaan.¹⁵ De ontwikkeling van Schiphol tot mainport dient het algemeen belang van de samenleving, maar daarnaast hebben de burgerluchtvaartmaatschappijen een bijzonder belang bij de uitbreiding en ontwikkeling van de nationale luchthaven.

¹⁴ Voor een overzicht van de planschade- en nadeelcompensatiejurisprudentie inzake het normale maatschappelijke risico, zie Van Ravels 2014.

¹⁵ Ten aanzien van de aanleg van de vijfde start- en landingsbaan zijn door verschillende bestuursorganen besluiten vastgesteld, zoals onder meer de planologische kernbeslissing Schiphol en Omgeving, het Aanwijzingsbesluit van 23 oktober 1996, het bestemmingsplan Schiphol-West e.o., het Luchthavenindelingbesluit en het Luchthavenverkeerbesluit.

Men zou kunnen stellen dat in beide voorbeelden niet de overheid aansprakelijk gesteld behoort te worden, maar de private partij wiens belang in belangrijke mate gebaat is bij de besluitvorming. Het *égalité*beginsel zou in dat geval niet van toepassing zijn omdat de overheidsmaatregel niet louter strekt tot behartiging van het algemeen belang. De Afdeling bestuursrechtspraak heeft deze discussie in de kiem gesmoord met een belangwekkende uitspraak d.d. 21 december 2005. In deze uitspraak overwoog de Afdeling dat ieder overheidsoptreden is gericht op tenminste een deelaspect van het algemeen belang. Dit oordeel impliceert dat het *égalité*beginsel van toepassing is op iedere vorm van overheidsoptreden.¹⁶

Dit wordt bevestigd door de tekst van art. 6.1 Wro: wanneer een belanghebbende schade lijdt door de vaststelling van een bestemmingsplan, kan hij een aanvraag om een tegemoetkoming in de schade indienen, bij het college van B & W. Art. 6.1 Wro maakt in dit opzicht geen onderscheid tussen bestemmingsplannen die op initiatief van de overheid worden vastgesteld en bestemmingsplannen die op initiatief van een private partij worden vastgesteld. Het systeem is derhalve dat de overheid aansprakelijk wordt gesteld en niet de initiatiefnemer. Een rechtvaardiging voor dit systeem is, dat de schadeveroorzakende handeling in dit geval het besluit is ten behoeve waarvan het bevoegd gezag de betrokken belangen heeft afgewogen en waarmee toestemming wordt verleend voor het project van de initiatiefnemer. Zonder deze toestemming kan de initiatiefnemer het project niet verwezenlijken.

Hoewel de overheid aansprakelijk is op grond van het *égalité*beginsel, biedt de Wro in art. 6.4a een grondslag om de kosten te verhalen op de initiatiefnemer. Sinds 2005 biedt Wro de mogelijkheid een verhaalsovereenkomst te sluiten met de initiatiefnemer van een project, op basis waarvan de overheid de kosten van de planschadevergoeding kan verhalen. Deze initiatiefnemer, met wie een verhaalsovereenkomst is gesloten, wordt vervolgens als belanghebbende aangemerkt bij het besluit dat het bevoegd gezag neemt op het verzoek om schadevergoeding van de benadeelde. Op deze wijze kan de draagplichtige derde invloed uitoefenen op de hoogte van de schadevergoeding. Via de nakoming van de verhaalsovereenkomst wordt de schade uiteindelijk gedragen door de initiatiefnemer van het project. Aldus vindt er een verschuiving plaats van de draagplicht van de schade, van de overheid naar een private partij, in dit geval de particuliere initiatiefnemer.

Het *égalité*beginsel is ook van toepassing op de regelgeving voor de luchthaven Schiphol, ondanks het bijzondere belang van de luchtvaartsector bij de ontwikkeling van de luchthaven. Art. 8.31 van de Wet luchtvaart (hierna: Wlv) kent aan een belanghebbende het recht toe op een schadevergoeding, wanneer hij tengevolge van het Luchthavenverkeerbesluit of Luchthavenindelingbesluit schade lijdt die redelijkerwijs niet te zijn laste behoort te blijven. Te denken valt aan vermogensschade tengevolge van de beperkingen van de bouwen gebruiksmogelijkheden van gronden en gebouwen binnen het beperkingengebied rondom de luchthaven Schiphol of waardevermindering van woningen tengevolge van de

¹⁶ ABRvS 21 december 2006, AB 2006, 252.

aantasting van het woongenot van de woning door een toename van de geluidbelasting.¹⁷ Hoewel de overheid aldus op grond van art. 8.31 Wlv aansprakelijk kan worden gesteld voor de vermogensschade die bedrijven of omwonenden binnen de invloedssfeer van de luchthaven Schiphol lijden tengevolge van de (rechtmatige) vaststelling van het Luchthavenverkeerbesluit of Luchthavenindelingbesluit, biedt art. 8a.38 Wlv de grondslag voor een heffing van de eigenaar of houder van een burgerluchtvaartuig dat landt op de luchthaven Schiphol. Deze heffing dient ter financiering van onder andere de kosten voor geluidisolatie of sloop van gebouwen en de vergoeding van schade op grond van art. 8.31 Wlv. De natuurlijke persoon of rechtspersoon van wie de heffing wordt geheven, wordt in art. 8a.38 derde lid Wlv aangemerkt als belanghebbende bij besluiten omtrent de toekenning van schadevergoeding op grond van art. 8.31 Wlv en kan derhalve bezwaar en beroep instellen tegen deze besluiten. Via de heffing op grond van art. 8a.38 Wlv draagt de luchtvaartsector bij aan de compensatie van nadelen die door ondernemers en omwonenden binnen de invloedssfeer van de luchthaven Schiphol worden geleden. Aldus vindt er een (gedeeltelijke) verschuiving plaats van de draagplicht van de schade naar de private partijen die een bijzonder belang hebben bij de besluitvorming van de overheid omtrent de ontwikkeling van de luchthaven Schiphol.

Ter rechtvaardiging van het verschuiven van de draagplicht van de schade in de bovengenoemde voorbeelden worden in de literatuur en parlementaire stukken twee beginselen genoemd: het profijtbeginsel en het vervuiler-betaalt-beginsel. De betekenis van deze beginselen wordt hierna in respectievelijk § 4 en § 5 toegelicht.

4 PROFIJTBEGINSEL ALS BASIS VOOR KOSTENVERHAAL OP GROND VAN ART. 6.4A WRO

Het kostenverhaal in de ruimtelijke ordening is in de literatuur wel in verband gebracht met het profijtbeginsel.¹⁸ Het profijtbeginsel is ontwikkeld in het belastingrecht en wordt algemeen beschouwd als een fiscaal beginsel. Het profijtbeginsel werd reeds door De Langen genoemd als een van de zeven fiscale beginselen:

‘belasting mag worden geheven naar de mate waarin een ieder profijt trekt van de overheidswerkzaamheden’.¹⁹

Leijenhorst noemt het profijtbeginsel een economisch verdelingsbeginsel: een verdelingsbeginsel dat is gebaseerd op een vergelijking van baten en lasten. In die betekenis houdt

¹⁷ Uitgebreider: Van den Broek 2007.

¹⁸ Zie Schep 2012.

¹⁹ Zie De Langen 1954 (deel I) en 1958 (deel II).

het profijtbeginsel in, dat belasting mag worden geheven naar de mate waarin de contribuable van de overheidswerkzaamheden voordeel ondervindt.²⁰ Aldus is het profijtbeginsel een rechtvaardigingsgrond voor de (belasting)heffing.²¹ Hofstra beschouwt het profijtbeginsel als een uitvloeisel van het vereiste van een rechtvaardige lastenverdeling. Wanneer overheidsactiviteiten aanwijsbaar ten gunste van bepaalde (groepen van) burgers en/of bedrijven strekken kan naar zijn mening in beginsel voor belastingheffing op grond van het profijtbeginsel worden gekozen.²²

Schep beschouwt het profijtbeginsel als een beginsel van bijzonder kostenverhaal:

‘het profijtbeginsel is gebaseerd op de gedachte dat burgers en bedrijven moeten bijdragen in de kosten van door de overheid tot stand gebrachte voorzieningen naar de mate van profijt dat zij van die voorzieningen hebben’.²³

Schep stelt, dat wanneer een individu of een kleine groep in bijzondere mate profijt heeft van overheidsvoorzieningen of overheidswerkzaamheden, het gerechtvaardigd is dat deze individu of kleine groep ook een bijzondere bijdrage levert aan de bekostiging daarvan. In dit perspectief leidt het profijtbeginsel tot een rechtvaardige verdeling van de lasten die voortvloeien uit de bekostiging van voorzieningen die weliswaar door de overheid worden aangelegd maar die met name het belang van een kleine groep of het individu dienen.²⁴

Het profijtbeginsel kan worden beschouwd als een rechtvaardiging voor het verhaal van de kosten van planschadevergoeding op de initiatiefnemer van een project. Dat geldt zeker wanneer een bestemmingswijziging op initiatief van een particulier geschiedt, bijvoorbeeld in de situatie dat een particulier de gemeente verzoekt om planologische medewerking in verband met de bouw of uitbreiding van een woning. In dat geval heeft de particuliere initiatiefnemer in het bijzonder profijt van project waaraan de overheid medewerking heeft verleend door het toepasselijke planologische regime te wijzigen.²⁵

Vanwege de medewerking door de overheid aan de bestemmingswijziging is het desondanks gerechtvaardigd om primair het bestuursorgaan aansprakelijk te stellen op grond van het égalitébeginsel, voor de schade die voortvloeit uit het besluit tot wijziging van het planologische regime. Een bestuursorgaan is immers op grond van het égalitébeginsel aansprakelijk voor schade die is veroorzaakt in het kader van de rechtmatige uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden.²⁶ De vaststelling van het bestemmingsplan geschiedt altijd in het algemeen belang van een goede ruimtelijke ordening. Ten behoeve daarvan

20 Zie Van Leijenhorst 1998.

21 Zie Vijfeijken 2014.

22 Zie Hofstra 2010 p. 55–58; Schep 2012, p. 67.

23 Zie Schep 2012 p. 66; Niessen 2010, p. 55.

24 Zie Schep 2012, p. 66–69.

25 Zie Klijn 2000.

26 Zie Van den Berk 2003.

wordt in het bestemmingsplan de bestemming van gronden aangewezen en worden regels vastgesteld omtrent het gebruik van de gronden en de zich daarop bevindende bouwwerken.²⁷ Bij een besluit tot herziening of afwijking van een bestemmingsplan dient het bevoegd gezag immers altijd het algemene belang van een goede ruimtelijke ordening als toetsingscriterium te hanteren.²⁸

In een situatie waarin een besluit tot wijziging van het planologische regime wordt genomen op verzoek van een particulier, die bij de wijziging een bijzonder profijt heeft, is het verhaal van de kosten die de overheid maakt in verband met de toekenning van schadevergoeding op grond van art. 6.1 Wro vanuit het perspectief van het profijtbeginsel naar mijn mening redelijk. Het kostenverhaal resulteert aldus in een rechtvaardige verdeling van de baten en de lasten die uit het project voortvloeien voor individuen, of kleine groepen van individuen.

5 VERVUILER BETAALT BEGINSSEL ALS BASIS VOOR DE HEFFING OP GROND VAN ART. 8A.38 WLv

Het kabinet stelde zich in de parlementaire geschiedenis van art. 8a.38 Wlv op het standpunt, dat 'heffingen in rekening moeten gebracht worden van gebruikers van de luchthaven vanuit het uitgangspunt dat de vervuiler betaalt'. De kosten die verband houden met de nadelige (financiële) gevolgen van het Luchthavenverkeerbesluit en Luchthavenindelingbesluit voor ondernemers en omwonenden binnen de invloedssfeer van de luchthaven Schiphol worden doorbelast aan de luchtvaartsector op grond van het uitgangspunt 'de vervuiler betaalt'. Om die reden wordt een heffing geheven bij de landing van een burgerluchtvaartuig op een luchthaven die (mede) afhankelijk is van de geluidsproductie van het luchtvaartuig.

Het beginsel 'de vervuiler betaalt' is een algemeen erkend beginsel van internationaal, Europees en nationaal milieurecht. In het Europese recht is het beginsel gecodificeerd in art. 191 VWEU en dient het als een belangrijk uitgangspunt voor het communautaire milieubeleid. Het beginsel 'de vervuiler betaalt' is in het nationale milieurecht niet gecodificeerd maar het is van oudsher een belangrijk uitgangspunt voor de milieuwetgeving. Zo ligt het beginsel 'de vervuiler betaalt' ten grondslag aan diverse milieuheffingen. De kern van het beginsel is, dat de degene die milieuvervuiling veroorzaakt, zelf verantwoordelijk is voor de kosten van maatregelen ter voorkoming en beperking van de vervuiling.²⁹

²⁷ Zie Van Buuren 2010, p. 39 e.v.

²⁸ HR 2 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2848, ro. 3.6.1.

²⁹ Zie Beijen 2012 p. 24.

Het beginsel dat de vervuiler betaalt, wordt ook relevant geacht voor de toepassing van de nadeelcompensatieregeling in art. 15.20 en 15.21 Wm.³⁰ In de MvT bij art. 15.20 Wm neemt de regering het beginsel ‘de vervuiler betaalt’ als uitgangspunt voor het toekennen van schadevergoeding aan bedrijven die geconfronteerd worden met (een aanscherping van) milieuvoorschriften ter voorkoming of beperking van de nadelige gevolgen van de exploitatie van een inrichting.³¹ Dit betekent dat bedrijven in het algemeen zelf de kosten behoren te dragen van de aan hen opgelegde maatregelen ter voorkoming of beperking van milieuverontreiniging. Slechts indien sprake is van een onevenredige last die de concurrentievervalsingen wezenlijk dreigt te verstoren, komt de schade voor vergoeding in aanmerking.³²

Het is opvallend dat de overheid de heffing op grond van art. 8a.38 Wlv in verband brengt met het beginsel dat de vervuiler betaalt. De heffing dient immers niet alleen ter financiering van maatregelen die de nadelige gevolgen van de luchthaven voor het milieu bestrijden, zoals bijvoorbeeld het aanbrengen van geluidwerende voorzieningen aan woningen. De heffing dient ook mede ter financiering van de kosten van het Schadeschap luchthaven Schiphol en de kosten die voortvloeien uit de besluiten van de Besliscommissie van het Schadeschap luchthaven Schiphol waarbij op grond van (onder meer) art. 8.31 Wlv een schadevergoeding wordt toegekend aan belanghebbenden. Het gaat daarbij dus niet uitsluitend om de kosten van maatregelen die de nadelige gevolgen voor het milieu voorkomen of beperken, maar om een compensatie van de vermogensschade die wordt geleden door een beperkte groep ondernemers en omwonenden in het gebied rondom de luchthaven en die het gevolg is van deze nadelige milieugevolgen. Daarmee wordt de betekenis van het ‘vervuiler betaalt beginsel’ door de regering opgerekt tot een grondslag voor kostenverhaal. Deze ruime interpretatie van het ‘vervuiler betaalt beginsel’ past overigens binnen de ontwikkelingen van de afgelopen jaren ten aanzien van de reikwijdte van het ‘vervuiler betaalt beginsel’ in het Europese recht. Van oorsprong werd het ‘vervuiler betaalt beginsel’ beschouwd als een economisch beginsel, dat met name betrekking had op een internalisering van de kosten van maatregelen voor de bestrijding van milieuvervuiling in de kostprijs van producten. Thans wordt het beginsel (veel) ruimer geïnterpreteerd en wordt het op Europees niveau ook beschouwd als een grondslag voor richtlijnbepalingen die betrekking hebben op aansprakelijkheid of kostenverhaal.³³ Zo wordt de vervuiler geacht de kosten te dragen van het herstel van de veroorzaakte schade aan het milieu.³⁴ Het beginsel wordt bovendien van betekenis geacht bij de vaststelling van de

30 Zie Hoitink 1998, p. 167–173.

31 *Kamerstukken II*, 1986–1987, 19752, nr. 3, p. 14.

32 Circulaire Schadevergoedingen, *Stcrt.* 1997, 246; aangevuld in *Stcrt.* 1998, 168.

33 Zie Lindhout & Van den Broek 2014.

34 Art. 8 Richtlijn 2004/35/EG betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade.

redelijke bijdrage die de diverse watergebruikssectoren moeten leveren aan de terugwinning van kosten van waterdiensten.³⁵

Volgens deze ruime interpretatie ziet het beginsel dat de vervuiler betaalt op een eerlijke verdeling van de kosten die gemaakt worden ter reductie of compensatie van de (milieu)schade, veroorzaakt door vervuilende activiteiten die de vervuiler onderneemt. Het vervuiler betaalt beginsel kan naar mijn mening in verband worden gebracht met het vereiste van eerlijk, rechtvaardige lastenverdeling.³⁶ In dit licht kan het vervuiler betaalt beginsel worden beschouwd als een 'negatieve' variant van het van het profijtbeginsel dat eveneens in verband wordt gebracht met het vereiste van een rechtvaardige lastenverdeling (zie § 4).

6 ANALYSE

In de afgelopen jaren is de verdeling van de draagplicht van de schade die wordt veroorzaakt door rechtmatig overheidsoptreden aan verandering onderhevig.

In deze bijdrage staat de vraag centraal in hoeverre het gerechtvaardigd is dat de draagplicht van de schade die wordt veroorzaakt door rechtmatig overheidsoptreden wordt verschoven van de overheid naar de betrokken private partijen. Deze vraag zal ik beantwoorden aan de hand van drie rechtsbeginselen: het égalitébeginsel, het profijtbeginsel en het beginsel 'de vervuiler betaalt'.

Op grond van het beginsel van de 'égalité devant les charges publiques' (gelijkheid voor de openbare lasten) is een bestuursorgaan aansprakelijk indien tengevolge van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid ter behartiging van het algemeen belang van de samenleving een kleine groep burgers in vergelijking tot anderen onevenredig zware schade lijdt die uitstijgt boven het normale maatschappelijke risico. Aangezien de overheid steeds het algemeen belang dient te behartigen bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke bevoegdheden, is het égalitébeginsel (in beginsel) van toepassing op al het overheidshandelen. Dat een besluit wordt vastgesteld op verzoek van een private partij, die daarbij een bijzonder belang heeft, doet aan de toepasselijkheid van het égalitébeginsel niet af, omdat een bestuursorgaan nimmer uitsluitend de belangen van een private partij mag behartigen maar steeds ook een deelaspect van het algemeen belang van de samenleving. Indien een besluit van een bestuursorgaan vereist is voordat een project kan worden verwezenlijkt, kan een bestuursorgaan om die reden aansprakelijk worden gesteld op grond van het ongeschreven égalitébeginsel.

35 Art. 9 Richtlijn 2000/60/EC tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid.

36 Boeve & Van den Broek 2012, § 4.2.

De rechtvaardiging om slechts die schade te vergoeden die uitstijgt boven het normale maatschappelijke risico, kan worden gevonden in het *égalité*beginsel zelf. Tot op zekere hoogte dient de burger de binnen de samenleving als normaal te beschouwen lasten te dragen, die voortvloeien uit de behartiging van het algemene belang. Dit betekent dat een burger niet alle nadelen en risico's kan afwentelen op de overheid. Slechts indien de burger in vergelijking tot anderen een onevenredig zware last te dragen krijgt die uitstijgt boven hetgeen in de samenleving als een normale last wordt beschouwd, kan hij op grond van beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten aanspraak maken op schadevergoeding.

In bepaalde gevallen waarin op grond van het *égalité*beginsel een schadevergoeding wordt toegekend aan de benadeelde burger kan het echter gerechtvaardigd zijn dat de overheid van een derde partij een bijdrage vordert in de kosten van deze schadevergoeding.

In een situatie waarin een besluit wordt genomen op verzoek van een particulier, die van het besluit een bijzonder profijt heeft, is het verhaal van de kosten die de overheid maakt in verband met de toekenning van schadevergoeding vanuit het perspectief van het profijtbeginsel gerechtvaardigd. Het kostenverhaal resulteert aldus in een rechtvaardige verdeling van de baten en de lasten die uit het project voortvloeien voor individuen, of kleine groepen van individuen.

Het beginsel dat de vervuiler betaalt rechtvaardigt dat een bijdrage wordt gevorderd van de exploitant ter bestrijding van de kosten die worden gemaakt in verband met de voorkoming, reductie of compensatie van de nadelige milieugevolgen die zijn bedrijfsactiviteiten veroorzaken. Een ruime interpretatie heeft er in de afgelopen jaren toe geleid dat het 'vervuiler betaalt beginsel' in het Europese recht ook ten grondslag wordt gelegd aan richtlijnbepalingen inzake aansprakelijkheid of kostenverhaal. Het 'vervuiler betaalt beginsel' kan aldus in verband worden gebracht met het vereiste van een rechtvaardige lastenverdeling. In dit licht kan het 'vervuiler betaalt beginsel' worden beschouwd als een 'negatieve' variant van het van het profijtbeginsel. Wanneer de overheid een besluit neemt, waarmee de exploitant van een bedrijf toestemming krijgt om activiteiten te verrichten die nadelige gevolgen voor het milieu veroorzaken, biedt het 'vervuiler betaalt beginsel' de grondslag voor het eisen van een bijdrage in de kosten die daaruit voortvloeien.

Gelet op het *égalité*beginsel (beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten) kan de benadeelde burger weliswaar bij een bestuursorgaan een vergoeding vragen voor de schade die voortvloeit uit de rechtmatige besluiten die het heeft vastgesteld, maar in specifieke gevallen kan het profijtbeginsel of het 'vervuiler betaalt beginsel' rechtvaardigen dat de kosten van deze schadevergoeding worden afgewenteld op de private partijen die bij deze besluitvorming in het bijzonder gebaat zijn. De verschuiving van de draagplicht van de schade naar de betrokken private partijen is in die gevallen naar mijn mening redelijk.

LITERATUUR

Beijen 2012

B.A. Beijen e.a., *Hoofdlijnen milieubestursrecht*, Den Haag: BJU, 2012.

Van den Berk 2003

J.A.M. van den Berk, Vergoeding van planschade: een exclusieve overheidstaak!, *BR* 2003, p. 583.

Boeve & Van den Broek 2012

M.N. Boeve en G.M. van den Broek, The Programmatic Approach; a Flexible and Complex Tool to Achieve Environmental Quality Standards, *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 3 (November) 2012.

Van den Broek 2002

G.M. van den Broek, *Planschadevergoeding. Het recht op schadevergoeding bij wijziging van het planologische regime* (diss UU), Deventer: Kluwer 2002.

Van den Broek 2007

G.M. van den Broek, Schade en luchtvaart, in: *Milieu en luchtvaart*, publicatie van de Vereniging voor Milieurecht 2007–1, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2007.

Van den Broek 2014

G.M. van den Broek, Planschadevergoeding: de omwenteling. Ontwikkelingen in de jaren 2012–2013, *O&A* 2014/26.

Van Buuren 2010

P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdlijnen Ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Damen 1996

L.J.A. Damen, Moet pech weg? Alle pech voor risico van de overheid?, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.) *Voor risico van de overheid. Vooruitzichten van de aansprakelijkheid van de overheid in bestuurs-, straf- en civielrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 1996, p. 17–42.

Van Doorn 2013

J.B. van Doorn, Naar een (Awb-)regeling voor afwenteling van nadeelcompensatie?, *O&A* 2013/87.

Van Ettekoven 2013

B.J. Van Ettekoven e.a., Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling, *O&A* 2013/32.

Hofstra 2010

H.J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Hoitink 1998

J.E. Hoitink, *Bestaande rechten in het milieurecht*, diss. UU, Deventer: Kluwer 1998.

Klijn 2000

A.R. Klijn, Afwenteling van planschade louter kostenverhaal of toepassing profijtbeginsel?, *BR* 2000, p. 1038.

De Langen 1954 en 1958

W.J. de Langen, *De grondbeginselen van het Nederlandse belastingrecht* (twee delen), Alphen aan den Rijn 1954 (deel I) en 1958 (deel II).

Van Leijenhorst 1998

G.J. van Leijenhorst, De fiscale toekomst getoetst aan de beginselen van behoorlijke belastingheffing, *Weekblad voor fiscaal recht*, 1998/889.

Lindhout & Van den Broek 2014

P.E. Lindhout en G.M. van den Broek, The Polluter Pays Principle: Guidelines for Cost Recovery and Burden Sharing in the Case Law of the European Court of Justice, *Utrecht Law Review*, Volume 10, Issue 2 (May) 2014.

Niessen 2010

Vgl. R.E.C.M. Niessen, *Inleiding tot het Nederlandse Belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2010, negende druk, p. 55.

Van Ravels 2014

B.P.M. van Ravels, Hoe groot is het normale maatschappelijke risico?, *NTB* 2014/2.

Schep 2012

A.W. Schep, *Naar evenwichtig bijzonder kostenverhaal door gemeenten* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Delft: Eburon 2012.

VERSCHUIVING VAN DE DRAAGPLICHT VAN SCHADE VEROORZAAKT DOOR EEN RECHTMATIGE
OVERHEIDSDAAD

Tjepkema 2010

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2010.

Vijfeijken 2014

I.J.F.A. van Vijfeijken, Cursus Belastingrecht, *S&E* 1.1.0.C.f.

Van Zundert 2001

J.W. van Zundert, Planschaderegeling ter discussie, *BR* 2001, p. 278.

AFWENTELING VAN NADEELCOMPENSATIE EN PLANSCHADE: REDELIJK EN DOELMATIG?

*Michiel Tjepkema**

Inleidende opmerkingen

Zolang als er al gedebatteerd wordt over de vraag of de overheid aansprakelijk moet worden gehouden voor haar rechtmatige handelingen, zolang wordt er al geopperd dat het dan ook redelijk is om rekening te houden met het voordeel dat bepaalde partijen genieten van rechtmatig overheidshandelen.¹ Dat ‘rekening houden met voordelen’ kan op tal van manieren. Recent nog pleitte Besselink ervoor dat bij de toets aan het normaal maatschappelijk risico ook ruimte zou moeten zijn om mee te wegen dat een burger van het overheidshandelen ook voordelen geniet, zelfs al zijn die voordelen niet op geld waardeerbaar.² Naar huidig recht is dat nog niet het geval. Wel kennen we de gematigder variant, die luidt dat bij de bepaling van de omvang van de compensatieplicht rekening kan worden gehouden met de op geld waardeerbare voordelen die uit dezelfde overheidshandeling voortvloeien. Deze voordeelverrekening treffen we aan in veel nadeelcompensatieregelingen en heeft ook een plek heeft gekregen in de (mogelijk per 2016 in werking tredende) Wet nadeelcompensatie (art. 4:126 lid 3 Awb). Een verdergaande variant is de baatafroming, die van toepassing is wanneer een overheidshandeling niet tot nadeel maar louter tot voordeel leidt. Voor zover die voordelen op geld waardeerbaar zijn, kan men zich de vraag stellen of deze baten niet dienen te worden afgeroomd. Noch de Wro, noch de Wet nadeelcompensatie biedt daarvoor een grondslag, maar in de literatuur zijn wel pleidooien gehouden om dit mogelijk te maken.³ Ergens tussen deze figuren in zit de afwenteling die centraal staat in de interessante bijdrage van Van den Broek. Afwenteling gaat minder ver dan baatafroming, nu zij er slechts toe strekt een partij een bijdrage te laten leveren in de schadelijke gevolgen van een handeling die mede in zijn belang werd verricht. Anderzijds gaat afwenteling verder dan voordeelverrekening, die – in theorie althans – ertoe leidt dat de overheid een deel van de last soms nog zelf draagt. Bij afwenteling is dat niet het geval:

* Michiel Tjepkema is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden

1 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2010, p. 49, 52, 57.

2 H. Besselink, ‘Verrekening van voordeel’, VAR-column op <verenigingvoorbestuursrecht.nl>.

3 Zie J.A.M.A. Sluysmans, ‘Transformatie van het agrarisch gebied: wie betaalt en wie verhaalt?’, preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht, *TvAR* 2007, p. 140–155 en D. van Brederode, ‘Baatafroming bij rechtmatige overheidsdaad’, *O&A* 2011, p. 2–12.

haar oogmerk is om de kosten geheel voor rekening van de profiterende initiatiefnemer te laten komen.

In haar bijdrage concentreert Van den Broek zich op de afwenteling. Zij plaatst de opkomst van de afwenteling tegen de achtergrond van twee ontwikkelingen: de wettelijke regeling van de planschadevergoedingsovereenkomst en de codificatie van het normaal maatschappelijk risico in het planschaderecht. Zij constateert dat de draagplicht van de schade die het gevolg is van rechtmatig overheidsoptreden '(groten)deels verschoven [is] van de overheid naar de private partijen, dat wil zeggen, de initiatiefnemer die een bijzonder belang heeft bij de totstandkoming van een bepaald project, of de benadeelde burger zelf.' *Grotendeels* lijkt mij een omschrijving die de realiteit niet helemaal recht doet. Zeker, er is een tendens waarbij overheden vaker met burgers contracteren over de afwenteling van schade. Deze tendens doet zich voornamelijk voor in het planschaderecht. Het lijkt geen twijfel dat de wettelijke basis die afwenteling nu heeft in art. 6.4a Wro aan die tendens sterk heeft bijgedragen.⁴ Het lijkt voorts geen twijfel dat de afwenteling van (onder meer) de kosten van waardevermindering van woningen rond Schiphol op de burgerluchtvaartmaatschappijen ex art. 8a.38 Wet luchtvaart met zich brengt dat de overheid zich vele, vele miljoenen op jaarbasis bespaart – kosten die hun weg uiteindelijk vinden in de prijs van een vliegticket. Voorts valt nog te vermelden dat afwenteling ook mogelijk is op basis van art. 7.17 Waterwet.⁵ Kortom, afwenteling wint terrein en lijkt op bepaalde terreinen in de praktijk niet te kunnen worden gemist. Maar het is niet zo dat de kosten van nadeelcompensatie tegenwoordig overwegend door private partijen worden betaald. Er is weliswaar jurisprudentie van de Afdeling (bestuurs)rechtspraak waaruit blijkt dat bestuursorganen ook zonder wettelijk voorschrift mogen afwentelen,⁶ maar deze is niet zonder kritiek gebleven⁷ er is geen recente jurisprudentie die bevestigt dat dit ook thans nog geldend recht is. Een algemene wettelijke basis voor afwenteling van nadeelcompensatie hebben we niet en ontbreekt eveneens in de Wet nadeelcompensatie. Wanneer de overheid rechtmatig handelt, een partij daarvan met name profiteert maar een wettelijke basis voor afwenteling ontbreekt, is de rekening naar huidig recht dus gewoon voor de overheid. Natuurlijk komt die last – via ons stelsel van belastingheffing – uiteindelijk terecht bij de burger, maar dat is inherent aan ons hele stelsel van overheidsaansprakelijkheid en zeker niet iets nieuws. In mijn reactie op de bijdrage van Van den Broek wil ik stilstaan bij een vraag die afwenteling altijd oproept maar die Van den Broek slechts terloops

4 Deze bepaling (en haar voorganger, art. 49a WRO) kan worden teruggevoerd op HR 2 mei 2003, AB 2003, 354 (*Nunspeet/Mulder*), waarin de Hoge Raad bepaalde dat het sluiten van een planschadevergoedingsovereenkomst een wettelijke basis heeft.

5 Zie over deze en andere afwentelingsmechanismen J.B. van Doorn, 'Naar een wettelijke (Awb-)regeling voor afwenteling van nadeelcompensatie?', *O&A* 2013/87.

6 Zie ARRVs 21 augustus 1984, AB 1984, 542, m.nt. P.C.E. van Wijnen (*Baart/RWS*) en ABRvS 10 mei 1995, *RAwb* 1995, nr. 72, m.nt. De Waard (*Telefooncel Buttervliet*).

7 Zie bijv. R.J.N. Schlössels, *Het specialiteitsbeginsel* (diss. RU), Den Haag: Sdu 1998, p. 318 e.v.

aan de orde stelt: zijn er voldoende prikkels voor het bestuursorgaan, wanneer het gebruik maakt van het afwentelingsmogelijkheid, om rekening te houden met de belangen van de partij op wie de schadelast wordt afgewenteld? Deze vraag heeft zowel een materiële als een procedurele kant, die ik in die volgorde aan de orde wil stellen.

Het rekbare normaal maatschappelijk risico: de discrepantie tussen theorie en praktijk

Van den Broek stelt aan het begin van haar bijdrage terecht voorop dat we anno 2014 niet langer kunnen stellen dat een burger zijn schade altijd kan afwentelen op de overheid. Eerder lijkt er sprake van een ontwikkeling dat een burger zijn schade vaker zelf moet dragen, waarvan de introductie van het 'normaal maatschappelijk risico' in het planschaderecht het voorbeeld bij uitstek is. Daarmee zou ook voor het planschaderecht gaan gelden wat al langer in het op het égalitébeginsel gebaseerde nadeelcompensatierecht geldt, namelijk dat deze is voorbehouden aan 'speciale en abnormale' gevallen.⁸ Bezie men de jurisprudentie van de civiele rechter, dan krijgt men al snel een indruk wat daaronder moet worden verstaan. De gevallen waarin succesvol over nadeelcompensatie bij de civiele rechter wordt geprocedeerd zijn letterlijk op de vingers van één hand te tellen. De *Leffers*-doctrine is, zo kunnen we anno 2014 wel vaststellen, geen voedingsbodem gebleken voor een uitgebreide overheidsaansprakelijkheid.

Toch kan er bij de indruk van Van den Broek dat de overheid op het terrein van de nadeelcompensatie en planschade teruggaat, ook wel een kanttekening worden geplaatst. Art. 6.2 lid 2 sub b Wro bepaalt thans dat bij indirecte planschade (die dus niet de bestemming van de tot de onroerende zaak behorende grond betreft) in de vorm van waardevermindering *in ieder geval* twee procent van de waarde van de onroerende zaak onmiddellijk voor het ontstaan van de schade voor rekening van de aanvrager. Zoals uit de bewoording van het artikel blijkt is dit een minimumforfait; bestuursorganen kunnen gemotiveerd ook een groter deel van de schade dan het forfait voor rekening van de gelaedeerde laten. Hoewel hier veel van werd verwacht, moeten we vaststellen dat er toch nog veel planschadejurisprudentie is waarin de mogelijkheden om het normaal maatschappelijk risico in te zetten als begrenzer van aansprakelijkheid niet ten volle worden benut. Niet zelden is het lastig om uit een uitspraak duidelijk op te maken waarom in een concreet geval nu een vergoedingsplicht is aanvaard. Veelal wordt in de uitspraak volstaan met een korte schets van de voorgeschiedenis, waarbij het er vaak op neer komt dat het college van B&W een onafhankelijk bureau om advies heeft gevraagd en dit advies door het college is overgenomen. Deze planschadebureaus plegen een niet heel strenge toets aan het normaal maatschappelijk risico aan de dag te leggen. Begrijpelijk, want als er (bijna) geen planscha-

⁸ B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding bij rechtmatige overheidsdaad: maatwerk voor speciale en abnormale gevallen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 517-549.

devergoeding meer wordt verstrekt valt er ook nog maar weinig te adviseren. Het normaal maatschappelijk risico wordt in veel uitspraken weliswaar wel verdisconteerd, maar vooral in de vorm van een korting van 2% van de waarde van de onroerende zaak op het vastgestelde vergoedingsbedrag; verhoogde drempels zien we in het planschaderecht nog maar zelden. Dit lijkt ook te zijn ingegeven door het bestaan van de mogelijkheid om af te wettelen. Wanneer de overheid de schade kan afwentelen op een derde partij, is er voor haar immers weinig aanleiding om heel zorgvuldig te bezien of de schade tot het normaal maatschappelijk risico moet worden gerekend; zij hoeft daar immers toch niet voor op te draaien.⁹ Ook onwennigheid met het normaal maatschappelijk risico kan hierbij een rol spelen; zeker bij de rechtbanken zien we soms nog een zekere terughoudendheid bij de interpretatie van het normaal maatschappelijk risico. Twee voorbeelden ter illustratie.

De eerste betreft de uitspraak *Heiloo* (ABRvS 5 september 2012, AB 2013, 79). De Stichting Esdégé-Reigersdaal wil zelfstandige wooneenheden realiseren voor verstandelijk gehandicapten. Zij vroeg en verkrijgt hiervoor een vrijstelling op basis van art. 19 lid 2 WRO. De Stichting heeft een planschadeovereenkomst met de gemeente gesloten op basis waarvan zij eventuele planschade moet vergoeden. Een omwonende, die een appartement bezit op de eerste verdieping van een complex, gelegen op vijftientwintig meter afstand van de bouwlocatie, stelt dat door een vrijstellingsbesluit met name vanwege de hoogte van de te realiseren bebouwing zijn privacy werd aangetast en dat sprake was van verlies van uitzicht en zon- en lichtinval. De waarde van zijn appartement zou daardoor van 850.000 naar 824.000 euro zijn gedaald; een waardedaling van 3,05%. B&W hanteerden (slechts) het wettelijk minimum van twee procent als het normale maatschappelijke risico. De rechtbank volgde verweerder, nu bijzondere omstandigheden om een groter deel dan 2% van de waarde niet te vergoeden, ontbraken. De ligging van het bouwplan in het centrumgebied was daartoe in de visie van de rechtbank onvoldoende (Rb Alkmaar 24 november 2011, LJN BU5336).

Vugts, woonachtig in het centrum van Berkel-Enschot, heeft vanuit zijn woning en de bijbehorende tuin een tot op grote hoogte vrij uitzicht, dat teniet wordt gedaan als de gemeente op 9 juni 2008 een vrijstelling ex art. 19 WRO verleent voor de bouw van een woonhuis met garage, juist aan de westzijde van het perceel van Vugts. Deze vrijstelling was nodig omdat krachtens het vigerende bestemmingsplan op het perceel de bestemming 'Tuin – bebouwing toegestaan' rustte. Krachtens deze bestemming konden op het perceel alleen garages, bergingen en terrassen en vergelijkbare objecten worden gebouwd, maar geen woonhuizen. De bouw van de woning zorgt voor planschade in de vorm van verlies van uitzicht, lichtinval en bezonning en een inbreuk op de privacy. Volgens de

9 B.P.M. van Ravels, 'Schadevergoeding (w.o. onrechtmatige overheidsdaad)', *NTB* 2013, 14, onder d.

Stichting Advisering Onroerende Zaken (SAOZ) bedroeg de waardedaling € 6000. De gemeente had bedongen dat de achterburen ten behoeve van wie de woning werd gebouwd, de planschade zouden moeten dragen. De rechtbank oordeelde dat de schade niet tot het normaal maatschappelijk risico behoorde en dat de achterburen als draagplichtige derden dus de planschade zouden moeten betalen.

Beide uitspraken laten zien dat op zichzelf zeer alledaagse ruimtelijke ontwikkelingen in de praktijk vaak toch nog aanleiding zijn tot de toekenning van planschadevergoeding. Natuurlijk is enige aftastende jurisprudentie bij een nieuw schadevergoedingsregime alleszins begrijpelijk, maar het mag toch wel opmerkelijk heten dat zulke triviale ontwikkelingen als ietwat afgenomen privacy en minder zon- en lichtinval in een stedelijke omgeving of de bouw van een woning in een (centrum)dorps woonmilieu reeds voldoende zouden zijn om te oordelen dat de schade boven het normaal maatschappelijk risico uitstijgt. Interessant is nu – en dat is de reden waarom ik bij deze uitspraken iets langer stilsta – dat juist de betrokkenheid van een derde partij op wie de schade werd afgewenteld, in beide zaken uiteindelijk leidde tot een procedure waarin de Afdeling oordeelde dat de schade wél geheel tot het normaal maatschappelijk risico moest worden gerekend.¹⁰ De rol van de rechter is bij de betrokkenheid van een derde partij naar mijn indruk een veel actievere dan wanneer nadeelcompensatie in een ‘gewone’ tweepartijenverhouding speelt. Door de betrokkenheid van een derde partij in het geding moet de rechter zich immers niet zozeer de vraag stellen of het bestuursorgaan een redelijke toepassing van het normaal maatschappelijk risico heeft gegeven, maar of het bestuursorgaan de schade redelijkerwijs ten laste van de initiatiefnemer van het project kon laten. Die laatste rechtsvraag kan slechts worden beantwoord door een ‘volle’ toets aan het normaal maatschappelijk risico te verrichten, waarbij de rechter dus zelf nagaat of het bestuur deze norm juist heeft toegepast.¹¹ Zo heeft de toepassing van art. 6.4a Wro uiteindelijk dus ook positieve effecten op de jurisprudentie inzake het normaal maatschappelijk risico en waarborgt de betrokkenheid van een derde dat deze norm op een meer objectieve wijze wordt uitgelegd. De boodschap aan de initiatiefnemer kan dan ook zijn: vecht het schadebesluit aan, want dat kan zeker lonen!¹²

Kosten en tijdigheid van besluitvorming

Een planschadeovereenkomst sluiten is een risico nemen. Dat geldt voor de overheid, die zeker moet weten dat de initiatiefnemer verhaal biedt en in dat verband soms een bankga-

10 Zie ABRvS 29 februari 2012, AB 2013, 78 (Vugts) en ABRvS 28 maart 2013, ECLI:NL:RVS:2013:875 (*Heiloo II*).

11 Zie voor een ander voorbeeld Rb. Gelderland 16 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3194 (*Goor*).

12 Om deze waarborgfunctie tot haar recht te laten komen, is het wel noodzakelijk dat die derde als belanghebbende bij het schadebesluit wordt aangemerkt. Opmerkelijk genoeg is dat in de Waterwet niet expliciet bepaald. Zie nader Van Doorn 2013.

rantie verlangt. Maar het geldt ook voor de initiatiefnemer, voor wie duidelijk moet zijn wat de duur en de omvang is van de verplichting om de kosten van planschadeclaims op zich te nemen. Partijen stellen daarom soms een planschaderisicoanalyse op, die inzicht geeft in de omvang van de planschadeclaims en daarmee de initiatiefnemer een grond geeft om het sluiten van een overeenkomst te heroverwegen, wat de overheid de (juridisch geoorloofde)¹³ ruimte biedt om te weigeren om het gevraagde besluit te nemen. Voor wat betreft de omvang van een eventuele schadelast is het voorts nog van belang of ook advieskosten inzake de planschade of nadeelcompensatie op de initiatiefnemer kunnen worden afgewenteld. Art. 6.4a Wro stelt dat de planschadeverhaalsovereenkomst ziet op 'schade die op grond van de artikelen 6.1 tot en met 6.3 voor tegemoetkoming in aanmerking zou komen'. Het artikel ziet daarmee naar mijn idee niet op de in art. 6.5 Wro genoemde kosten die B&W ook moeten vergoeden: de wettelijke rente en de redelijkerwijs gemaakte kosten voor rechtsbijstand en andere bijstand.¹⁴ Denkbaar is dat met de initiatiefnemer wordt overeengekomen dat hij ook deze laatste kosten voor zijn rekening neemt, maar dat is niet waar de wetgever van is uitgegaan. Dit scheelt een slok op een borrel, aangezien de kosten van deskundigen en andere deskundige bijstand aanzienlijk kunnen zijn. B&W zijn op basis van art. 6.1.3.2 Besluit ruimtelijke ordening in beginsel verplicht een deskundige in te schakelen, en vaak blijft het er niet bij één.

Art. 8a.38 Wet luchtvaart heeft daarentegen een veel ruimere reikwijdte dan art. 6.4a Wro. Eerstgenoemd artikel ziet, zoals Van den Broek beschrijft, ook op de financiering van de kosten van het bureau dat de aanvragen in behandeling neemt (waaronder advieskosten). Blijkens de memorie van toelichting kunnen daaronder voorts vallen de kosten verbonden aan het treffen van geluidwerende voorzieningen aan woningen of geluidgevoelige woningen én het verstrekken van geldelijke steun aan gemeenten ter bestrijding van de kosten van het in overeenstemming brengen met het bestemmingsplan. Voor deze ruim in haar jas zittende afwentelingsregeling is op zich, gelet op het grote commerciële belang van de betrokken luchtvaartmaatschappijen, een goede reden. Ook heb ik geen reden om te twijfelen aan de kundigheid en de goede intenties van de juristen bij het Schadeschap (waaronder Van den Broek zelf!). Toch is het ook hier de vraag of de wetenschap dat een derde partij de kosten draagt het bestuursorgaan (het Schadeschap) voldoende prikkelt om haar procedure zodanig in te richten dat de kosten voor de luchtvaartmaatschappijen zo laag mogelijk blijven. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om vragen als: is het noodzakelijk om standaard met een commissie van drie deskundigen te werken of kan ook één deskundige het alleen af? Moet standaard advies aan een adviescommissie worden gevraagd of kan het bestuursorgaan ook zonder advies beslissen? Is het doelmatig om standaard met

¹³ ABRvS 18 april 2007, AB 2007, 193 (*Smallerland*).

¹⁴ Vgl. de VNG-modelverordening inzake planschadeverhaal, die in de toelichting onder planschade verstaat 'het bedrag van de aan aanvragers uit te keren tegemoetkomingen in planschade, exclusief de kosten van behandeling en advies'.

een groot aantal (14 of 15) verschillende adviescommissies te werken of kunnen zaken beter worden toebedeeld aan adviseurs die hebben bewezen snel en kundig te kunnen werken?

Ik spreek over dit onderwerp niet helemaal onbevangen, want ik deed samen met prof.mr. B.J. van Ettekoven in opdracht van het Schadeschap een onderzoek naar de juridische doelmatigheid van de afhandeling van schadeverzoeken door het Schadeschap. Zonder in details te treden, constateerden wij dat met name in de adviesfase de termijnen werden overschreden, hetgeen leidde tot het oplopen van wettelijke rente, die – uiteindelijk – leidde tot hogere rekeningen voor de burgerluchtvaartmaatschappijen. Gelukkig heeft het Schadeschap onderkend dat hier winst viel te halen, hetgeen heeft geleid tot een dusdanige aanpassing van de verordening dat aanvragen thans doelmatiger kunnen worden afgehandeld.¹⁵ Laat ik nog benadrukken dat het mij binnen bestek van deze bijdrage niet zozeer gaat om de specifieke situatie bij het Schadeschap, maar dat de doelmatigheid van de afwikkeling van nadeelcompensatie- en planschadeverzoeken een meer algemeen probleem is, dat zich ook bij andere organen die over planschade en nadeelcompensatie beslissen, vaak voordoet. Het is veelzeggend dat de belangrijke jurisprudentie van de Afdeling over het betalen van schadevergoeding bij het overschrijden van de redelijke beslistermijn is gewezen in een nadeelcompensatiekwesitie.¹⁶

Van den Broek laat in haar stuk mooi zien dat afwenteling inmiddels een niet te negeren plek inneemt in ons stelsel van schadevergoeding bij rechtmatig overheidsoptreden. Maar hoe redelijk afwenteling ook is, de rekening van een ondoorzichtige toets aan het normaal maatschappelijk risico en/of van een ondoelmatige afwikkeling van verzoeken om compensatie mag niet voor rekening van de initiatiefnemer komen, hoe gebaat hij ook is bij de besluitvorming van de overheid.

15 Zie in dit verband de (toelichting bij de) Verordening schadeschap Schiphol 2012, *Staatscourant* 2012, nr. 8910, 8 mei 2012.

16 ABRvS 4 juni 2008, AB 2008, 229, m.nt. Widdershoven (*Scheers/Zevenaar*).

PUBLIEK WORDT PRIVAAT: EEN TUSSENSTAND IN ZEVEN VRAGEN

*Ivo Giesen, Jessy Emaus & Liesbeth Enneking**

1 INLEIDING

In de voorgaande bijdragen en referenties is reeds een breed palet aan onderwerpen de revue gepasseerd: sterke partijen en piraterij werden gecontrasteerd met bijvoorbeeld planschadeovereenkomsten tussen burger en overheid en criminaliteitsbestrijdende banken. De door steeds vagere contouren omgeven grensgebieden tussen het publieke en het private domein, tussen publieke en private taken, en tussen publiekrecht en privaatrecht vormden het vertrekpunt voor dit project. De verschuivende grenzen inzake verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden binnen deze grensgebieden waren de aanleiding voor de verdere bestudering en doorgronding daarvan. Het (beperkte)¹ doel van deze laatste bijdrage is nog slechts om te proberen binnen die kaders enkele algemene lijnen uit het voorgaande bijeen te rapen.

Omdat voorzienbaar was dat het vergaren van die algemene lijnen ('rode draden') nog lastig genoeg zou worden, en omdat de opzet van deze bundel toch al erop gericht was om binnen – en deels ook buiten, via de aangezochte referenten – de eigen onderzoeksgroep zoveel mogelijk onderling te sparren, feedback te genereren, en samen te werken, is deze slotbijdrage in nauwe samenwerking met diverse auteurs van de individuele bijdragen tot stand gekomen, via een speciaal daarvoor belegde brainstorm-sessie waarin ideeën bedacht, geuit en nader besproken konden worden. In zekere zin is deze bijdrage (niet meer dan) een uitgediept verslag van die bijeenkomst.

* De auteurs zijn als hoogleraar/programmameider (Giesen), resp. universitair docent (Emaus en Enneking) verbonden aan Ucall en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage kwam tot stand met de zeer gewaardeerde medewerking van Berthy van de Broek, Cedric Ryngaert, Elbert de Jong, Bram Straten en Lucas Roorda, allen als auteur aan deze bundel gelieerd, die met de auteurs een brainstorm-sessie belegden (vgl. ook § 1.2 van de inleidende bijdrage aan deze bundel) waarin de ideeën bedacht zijn die hierna naar voren komen en (tot op zekere hoogte) uitgewerkt worden.

1 We doen geen poging de vele interessante en verhelderende bijdragen aan het debat over de verschuiving van het publieke domein naar het private domein te integreren in deze bijdrage, we focussen hier enkel op de 'vruchten' die wellicht uit deze bundel te plukken zijn. Zonder enige pretentie van volledigheid noemen we hier, naast de verder nog gebruikte literatuur: Brouwer/Schilder 2014; de parlementaire discussie over privatisering in *Kamerstukken I*, 2012–2013, C, 1., alsmede (daaraan voorafgaand) WRR 2012; Groenhuijsen 2013; Wiggers-Rust 2013; Du Perron 2013; Scheltema 2013; Engelhard 2010; Zijlstra e.a. 2008; en van iets minder recente datum, maar zeer breed ingestoken: Freeman 2003 en Wilhelmsson/Hurri 1999.

Het plan van behandeling van deze afrondende bijdrage ziet er dan als volgt uit dat in de navolgende tweede paragraaf – de kern van dit slotakkoord – een zevental vragen en thema's (ze werden in de inleiding al kort genoemd) nader geanalyseerd en besproken worden. Het waren deze vragen die in de brainstormsessie steeds weer als relevante invalshoek opdoken. Als die vragen besproken zijn, kan vervolgens een korte afronding in een derde paragraaf volstaan. Wij verwachten daarbij niet meer dan een voorlopige tussenstand te kunnen produceren want de brede thematiek van dit boek is nog zeker niet ten einde gedacht, zo dat al zou kunnen.

2 ZEVEN KRIJTLIJNEN²

2.1 *Introductie: zeven vragen*

Op basis van de diverse bijdragen die hiervoor zijn opgenomen, bleek een aantal nadere vragen en kwesties op te komen als het gaat om steeds verder vervagende grenzen tussen het publieke en private domein³ en de gevolgen daarvan voor kwesties van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.⁴ Wij kwamen uiteindelijk tot de volgende zeven (verkort weergegeven) vervolgvragen:

1. Wat gebeurt er precies bij privatiseringen als het om kwesties van verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid gaat?
2. Wie heeft dat proces aangejaagd?
3. Waarom; wat is de achtergrond hiervan?
4. Naar wie of wat verplaatst de verantwoordelijkheid of aansprakelijkheid?
5. Wat is de (eventueel) resterende rol van de overheid?
6. Hoe gaat dit technisch-juridisch in zijn werk?
7. Wat betekent dit voor de betrokken juridische disciplines?

Het zijn deze vragen die in de navolgende paragrafen (2.2. t/m 2.8) besproken zullen worden. Over het algemeen gebeurt dat nogal tentatief, gebaseerd op wat de voorgaande

2 Vrij naar Jan Vranken, zie diens Algemeen Deel**** (Vranken 2014, p. 113).

3 Wij gaan in deze bundel niet nader in op terminologie, hoewel daarover ook het nodige valt te zeggen, zie alleen al de conclusie van Staatsraad Advocaat-Generaal Widdershoven voor de Raad van State over de vraag wat een publieke taak in de zin van de Awb is, zie ECLI:NL:RVS:2014:2260, en ABRvS 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379. En zie over privatisering als concept bijv. Freeman 2003, p. 1287.

4 Die begrippen worden hierna door elkaar benut, maar daarbij wordt de term aansprakelijkheid zoveel mogelijk voorbehouden voor de juridische 'vertaling' (richting specifieke rechtsgevolgen, veel civielrechtelijk) van een bepaalde bestaande of geaccepteerde verantwoordelijkheid. Over deze begrippen in de context van het Ucall onderzoeksprogramma uitvoeriger Kool 2014.

reeks bijdragen ons geleerd heeft, en soms iets meer uitgekristalliseerd, afhankelijk van de vraag die aan bod is. Bij de bespreking van deze vragen zullen wij overigens geregeld verwijzen naar de diverse hiervoor opgenomen bijdragen en de reacties daarop. Wij doen dat door de naam van de auteur(s) van de betreffende bijdrage of reactie tussen haakjes in de tekst op te nemen.

2.2 Wat gebeurt er?

De eerste vraag die opkomt na (her)lezing van de diverse bijdragen, is de vraag naar wat er nu feitelijk gebeurt in de sfeer van verantwoordelijkheden (of zelfs: het aansprakelijkheidsrecht) als de overheid besluit bepaalde taken, functies, beleidsterreinen uit de publieke sfeer te tillen, althans daar weg te houden, en (kort gezegd) te privatiseren of in elk geval aan private actoren uit te besteden (om een neutralere term te gebruiken).

Voordat we daar nader op ingaan is het dienstig, ook omdat dat het antwoord op die vraag nader inkleurt, nogmaals te constateren dat het er soms alle schijn van heeft dat zo ongeveer alles ‘privaat’ wordt. Niets, althans heel weinig, is er nog ‘heilig’ heden ten dage. Zelfs kwesties van fysieke veiligheid worden geprivatiseerd. En dan doelen we niet alleen op de omgang met fysieke veiligheid als het om nieuwe technologieën en de daaruit voortvloeiende nieuwe producten gaat (nanotechnologie), waarbij de overheid heel duidelijk de regie laat aan de industrie (*De Jong*). Nee, de ‘outsourcing’ gaat een stuk verder als ook onze defensie, meer bepaald de bescherming tegen piraterij in internationale wateren (*Roorda/Ryngaert/Straten*) en de bescherming tegen allerlei vormen van meer alledaagse criminaliteit (*Giesen*) daardoor geraakt worden; dat is blijkens de genoemde bijdragen in meer of mindere mate het geval. Het ultieme bewijs hiervoor wordt zichtbaar waar zelfs de detectie en, zo men wil, de opsporing van strafbare feiten deels wordt uitbesteed aan private partijen, in dit geval aan de financiële sector (*Kristen/De Vita*). Net als bij de strijd tegen piraten op zee wordt hier, via deze ‘private opspoorders’, het geweldsmonopolie van de overheid (gedeeltelijk) losgelaten.⁵

Als zodoende zelfs defensietaken en criminaliteitsbestrijding (veiligheid en justitie) geprivatiseerd worden, dan is geen enkele publieke taak nog veilig, zo lijkt het. Wat te denken van onze gevangenen: dat kan de markt toch ook oppakken.⁶ En dan, *next in line*: de diplomatieke dienst en ons buitenlands beleid. Waarom zou de regering nog een *corps diplomatique* optuigen als er internationaal opererende consultants ingezet kunnen

5 Zie ook Groenhuijsen 2013, p. 612. Volgens Freeman 2003, p. 1290 en p. 1351, is er inmiddels wel zo ongeveer overeenstemming bereikt over wanneer privatisering aan de orde kan zijn. In elk geval in Nederland valt daarover nog wel te discussiëren, zo zien we verderop in deze paragraaf.

6 Vgl. Groenhuijsen 2013, p. 612, en Wilms/Frierson 2011, alsmede Masterplan DJI 2013–2018 (Den Haag: 2013), en de Kamerdebatten tijdens welke is gesproken over het Masterplan en de privatisering van het gevangeniswezen.

worden waar dat nodig schijnt? De vraag lijkt wellicht vooral cynisme uit te stralen en vergezocht te zijn, maar is dat wel zo?⁷

Gegeven die sterke nadruk op privatisering, wordt het al te meer relevant om nader te bepalen wat er dan precies gebeurt bij de uitbesteding van voorheen publieke taken en zaken. Wat nemen we waar? Het is ten eerste mogelijk dat er een nieuwe taak ontstaat die nog aan geen enkel domein toebedeeld was, en waarbij wellicht gedacht wordt dat de overheid zich daarmee zal gaan bemoeien, hetgeen dan toch niet geschiedt. In dat laatste geval is er geen sprake van uitbesteding omdat de taak nooit tot het publieke domein heeft behoord. De omgang met de mogelijke veiligheidsrisico's van nieuwe technologieën en producten geldt als een voorbeeld daarvan (*De Jong*), hetgeen waarschijnlijk hiermee van doen heeft dat afzien van pure overheidsregulering de (rechtseconomische) voorkeur geniet, mits aan een aantal basisvoorwaarden wordt voldaan omdat het aansprakelijkheidsrecht wel wat bijgestuurd zal moeten worden (*Faure*).

Als het echter om 'bestaande' (voorheen) publieke taken gaat, betreft het dan slechts het aanwijzen van een nieuwe uitvoerende partij, een verschuiving naar of toedeling aan een ander van dezelfde taak en verantwoordelijkheid, of is er ook sprake van een verandering in taakstelling? Is 'verschuivende' verantwoordelijkheid dan wel een goede term, of moeten we over 'veranderende' verantwoordelijkheid spreken? Het beeld is wisselend, maar geregeld lijkt de toedeling ook een verandering, een nieuwe invulling te behelzen. De verhuurder die een appartementencomplex moet beveiligen, heeft immers andere mogelijkheden dan de politie (*Kortmann*).

Verder valt op dat de onderliggende verantwoordelijkheid nergens verdwijnt (het is voorstelbaar dat de burger zijn eigen boontjes moet doppen, niet op een ander kan terugvallen), maar verplaatst wordt, bijvoorbeeld richting sterke partij (*Emaus*) en innoverende en nieuwe markten aanborende bedrijven (*De Jong*; *Roorda/Ryngaert/Straten*; *Enneking*). De 'kring van gerechtigden', zij die aanspraak kunnen maken op zorg door een ander, wordt niet ruimer, maar dat gebeurt wel met de 'kring van gedaagden': denk (opnieuw) aan bedrijven die innoveren (*De Jong*), bedrijven die voor de overheid de planschade dragen (*Van den Broek*) en internationaal opererende ondernemingen (*Enneking*). Maar bijvoorbeeld ook de commercieel verhuurder en de therapeut (*Giesen*) komen in beeld. Leidraad bij die verplaatsing zal zijn wie er in de nieuwe situatie het beste zorg kan dragen voor bepaalde taken (*De Jong*) en wie in de risicomaatschappij het best die risico's kan kanaliseren (*Faure*).

Niet alleen kan genoteerd worden dat nergens enige verantwoordelijkheid 'wegebt', maar tevens heeft het er alle schijn van dat er vaak een extra verantwoordelijkheid 'ontstaat' (of een extra aanspreekpunt), omdat bij de privatisering toch een residu van de oorspron-

7 Zie in deze context het rapport Voor Nederland, wereldwijd. Samen werken aan toonaangevende diplomatie, Den Haag: Ministerie van Buitenlandse Zaken 2011.

kelijke publieke taak bij de overheid blijft liggen, zie nader § 2.6 hierna. Men zou ook kunnen spreken over gedeelde verantwoordelijkheid of zeggen dat de verantwoordelijkheid ‘versnippert’. Als een commercieel verhuurder de veiligheid binnen het complex moet aanpakken door fatsoenlijke deuren en sloten aan te leggen, het binnenterrein te verlichten, etc., doet dat niet af aan de resterende verantwoordelijkheid van de politie om de publieke ruimte in de directe omgeving van datzelfde complex (de openbare weg, parken, pleintjes) te beveiligen. En ook de algemene trend in het omgevingsrecht om bedrijven die baat hebben bij een besluit, mee te laten betalen aan de planschade (*Van den Broek; Tjepkema*) betreft eerder een gedeelde verantwoordelijkheid dan een verschuiving.

De verantwoordelijkheid die private actoren op zich nemen als wordt geprivatiseerd, is overigens recent tot punt van meer aandacht gemaakt. In het rapport van de Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten,⁸ wordt vastgesteld dat het WRR-rapport *Het borgen van publiek belang* een grote rol heeft gespeeld bij de toegenomen aandacht voor publieke belangen.⁹ In dat rapport werd vastgesteld dat het tot dan toe ontbrak aan ‘stelselmatige identificatie en borging’ van publieke belangen. De minister voor Wonen en Rijksdienst heeft met het oog op die identificatie en borging in toekomstige gevallen in het voorjaar geïnformeerd over de publieke belangen die bij de voorgenomen privatisering komen kijken en wat er nodig is om die belangen te waarborgen. Zo heeft de minister het voornemen de Staatsloterij te privatiseren en constateert hij dat daarbij als publieke belangen kunnen worden geïdentificeerd (1) het kanaliseren van de vraag naar loterijspelen door te voorzien in een betrouwbaar, door de overheid gestuurd aanbod, (2) het stellen van een norm voor het overige loterij-aanbod, (3) het tegengaan van illegaal aanbod door betrouwbaar aanbod, en (4) het beschermen van de consument.¹⁰

2.3 *Wie heeft dat proces aangejaagd?*

De tweede vraag die naar aanleiding van de bijdragen opkomt, is de vraag wie het proces tot verschuiving van verantwoordelijkheid heeft aangejaagd. Een eerste aanjager is de overheid die publieke taken zelf attribueert of delegeert. Als de overheid besluit in te zetten op privatisering van publieke taken, zal zij haar taken niet zelden zelf overdragen of toedelen aan (dan op te richten of reeds bestaande) private partijen. In de bundel kwamen we zo de toedeling van de handhavingsverantwoordelijkheid in de zin van de klikplicht aan beleggingsondernemingen tegen, waarbij overigens de Nederlandse overheid hiertoe was verplicht door een richtlijn van de Europese Unie (*Kristen/De Vita*). En wij zagen ook dat de overheid de verantwoordelijkheid voor nadeelcompensatie in het kader van ruimtelijke

⁸ Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten 2012.

⁹ WRR 2000.

¹⁰ *Kamerstukken I* 2012/2013, C, P, p. 4.

ordering aan (private) initiatiefnemers van projecten kan toebedelen, bijvoorbeeld via de bevoegdheid om de kosten te verhalen op basis van art. 6.4a Wro (*Van den Broek*).

Maar verantwoordelijkheden verschuiven niet uitsluitend via overdracht of toebedeling vanuit de overheid. Een tweede aanjager van het proces van verschuiving is de private partij. Ter illustratie dienen de door *Roorda/Ryngaert/Straten* beschreven private beveiligingsbedrijven die zelf het initiatief nemen en inzetten op het op zich nemen van de verantwoordelijkheid voor de veiligheid op schepen. De private beveiligingsbedrijven melden zich bij de overheid met de boodschap dat zij goedkoper voor de beveiliging kunnen zorgdragen. Anders gezegd: het bedrijfsleven wil zelf graag ‘instappen’ en is zo aanjager van de verschuiving van verantwoordelijkheid voor de fysieke veiligheid.¹¹ Maar het aanjagen kan ook meer impliciet gebeuren als private partijen op enigerlei wijze macht genereren en vanwege die macht worden verwacht meer verantwoordelijkheid te dragen (*Emaus*; kritisch *Hartlief*) of als die bedrijven (nog geen macht, maar wel al) een kennisvoorsprong hebben (*De Jong*).

En een derde aanjager van de verschuiving van verantwoordelijkheden zijn, zo constateren wij, ‘de burger’, in de vorm van belanghebbende private partijen zoals (potentiële) benadeelden en maatschappelijke belangenorganisaties die via de rechter die verantwoordelijkheden afdwingen in het kader van een civielrechtelijke aansprakelijkheidsstelling (*‘public interest litigation’*). Een voorbeeld hiervan zijn de civiele aansprakelijkheidsclaims die ingesteld worden tegen internationaal opererende ondernemingen die volgens de eisers onvoldoende zorg hebben gedragen voor mens en milieu, met als doel het bewerkstelligen van maatschappelijk verantwoord(er) ondernemerschap (*Enneking*). Het is de civiele rechter die in deze context uiteindelijk beslist hoever de verantwoordelijkheid van de multinational reikt, of anders gezegd verantwoordelijkheden waarover onduidelijkheid bestond al of niet aan de gedaagden toedeelt dan wel verantwoordelijkheden die nieuw zijn al of niet aan de gedaagden ‘uitdeelt’. Maar het initiatief hiertoe, de vraag aan de rechter om tot een beslissing over de toe- of uitdeling van verantwoordelijkheden te komen, ligt dus bij ‘de burger’, in zijn hiervoor genoemde hoedanigheden.

De verschillende aanjagers zijn hier weliswaar afzonderlijk gepresenteerd, maar het is belangrijk daarbij op te merken dat zij in het kader van de verschuiving vaak samenwerken en samen tot een verschuiving geraken. Waar private actoren multinationals via aansprakelijkheidsprocedures ertoe willen bewegen om verantwoordelijkheid te nemen voor de nadelige effecten van hun bedrijfsactiviteiten op mens en milieu elders, hebben zij (overheids)rechters nodig die de betreffende multinationals in rechte aansprakelijk houden en een juridisch afdwingbare sanctie opleggen voor het vertoonde of te vermijden maatschappelijk onzorgvuldig gedrag. Elk van de partijen heeft dus een onmisbaar aandeel in het verschuivingsproces (*Enneking*). En private beveiligingsbedrijven kunnen graag willen

¹¹ Zie ook Freeman 2003, p. 1285, die aldaar spreekt over privatisering ‘as a means of publicization’.

instappen, maar hebben daarvoor eerst toestemming van de overheid (in de zin van licenties) nodig om ook werkelijk te mogen instappen (*Roorda/Ryngaert/Straten*). Verder kunnen private partijen er zelf aan bijdragen machtiger te worden, terwijl die macht vervolgens aanleiding is voor wetgever of rechter om tot uitdrukking te brengen dat van die machtiger geworden private partij in rechte meer wordt verwacht (*Emaus*).

2.4 *Waarom?*

Bij de vraag naar de aanjager(s) van het proces van verschuiving komt aansluitend de vraag op (en dat is vraag drie) waarom deze partijen het proces van verschuiving aanjagen. Die (derde) vraag is – afgezien van de gebruikelijke verwijzing naar bezuinigingsdoelstellingen – niet eenvoudig te beantwoorden, maar de verschillende onderzoeksresultaten leiden ons naar twee andere verklaringen die mogelijk ook een rol kunnen spelen.

De eerste mogelijke verklaring is ideologisch van aard en zegt dat wij (i.e. de maatschappij) meer dan ooit van private actoren verwachten dat die zich bij hun handelen (of nalaten) niet langer enkel op hun eigen belang letten, maar zich ook bekommeren om de wereld om zich heen, dat wil zeggen om de belangen van degenen die zij daarmee beïnvloeden en om het algemeen belang. Het klassiek-liberale beeld van de autonome burger uit de tijd van de Zutphense Juffrouw is ingeruild voor een meer communautair beeld à la Baris/Riezenkamp,¹² en dat vertaalt zich onder meer in de ruimere opvattingen ten aanzien van verantwoordelijkheden van private actoren. Die opvattingen stroken overigens prima met de klassiek-liberaal gewenste ‘kleine overheid’ en de hedendaagse nadruk op de (kracht van de) participerende burger in onze participatiesamenleving en de introductie van de ‘Doedemocratie’, sluiten daarbij naadloos aan.¹³ Met andere woorden: het privaatrecht ‘vermaatschappelijkt’ nog steeds.¹⁴

Die benadering dat van private partijen verwacht wordt dat zij zich bij hun doen en laten ook bekommeren om het algemeen belang, zien we ook terug in de door *Van den Broek* (vgl. overigens ook *Tjepkema*) gesignaleerde trend dat de overheid de verantwoordelijkheid voor nadeel dat ontstaat vanwege haar besluiten in mindere mate dan voorheen zelf draagt. Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in de verplichting voor de initiatiefnemer van een bepaald project of een bepaalde activiteit om zelf (mede) de vergoedingen te dragen die aan benadeelden (moeten) worden uitgekeerd ter compensatie van nadeel als gevolg

12 Vgl. Schutgens 2012, p. 207. Wij doelen hier uiteraard op HR 10 juni 1910, W. 9038 (Zutphense waterleiding), waarover (kort) Giesen in deze bundel, resp. HR 15 november 1957, NJ 1957/67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp): partijen moeten hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde verwachtingen van hun wederpartij.

13 Voor een korte duiding en kritiek Giesen 2013. Over de koppeling van verantwoordelijkheden en de participerende burger ook RMO en ROB 2014.

14 Vgl. Du Perron 2013, p. 13.

van door de overheid genomen besluiten op het gebied van ruimtelijke ordening en infrastructuur. Soms wordt de verantwoordelijkheid van private partijen voor algemene belangen nog wat meer gestuurd, zoals door de Europese Unie die de zorg voor de integriteit van de financiële markten beschouwt als een eigen verantwoordelijkheid van beleggingsondernemingen (*Kristen/De Vita*).

Deze min of meer gebruikelijke ideologische verklaring, dat wij méér van private partijen zijn gaan verwachten, kan goed voortkomen uit of samenhangen met het tweede, meer feitelijke antwoord op de waarom-vraag, namelijk dat private actoren met hun handelen steeds vaker, indringender en op grotere schaal de belangen van hun omgeving raken (*De Jong; Enneking*). Voortschrijdende techniek en globalisering maken dat private actoren feitelijk meer risico voor hun omgeving vormen en potentieel een grote impact hebben op mens en milieu. Private actoren worden sterker (in economische zin alsook wat betreft kennis en expertise) en machtiger, en met dat machtiger worden, nemen de verwachtingen ten aanzien van hun handelen toe (*Emaus; Kristen/De Vita*). Die verwachtingen vertalen zich in juridische verantwoordelijkheid en (potentieel) aansprakelijkheid.

Genoemde hogere verwachtingen ten aanzien van private actoren kunnen een keuze zijn, maar ook bittere noodzaak. De overheid als hoeder van het algemeen belang en van de kernbelangen (vervat in grondrechten) van degenen die onder haar rechtsmacht ressorteren, is niet altijd in staat, of wil dat niet altijd zijn, om de taken uit te voeren die haar traditioneel zijn toegeschreven. Het ontbreekt de overheid niet alleen aan middelen (geld) en invloed waar het gaat om activiteiten buiten het eigen territorium, maar vaak ook aan kennis om reële inschattingen van risico's te kunnen maken en op basis daarvan maatregelen te treffen (*De Jong*). Een *smart mix* van reguleringsinstrumenten is dan beter dan 'gewone' overheidsregulering (*Faure*), en het private beveiligingsbedrijf dat zegt veiligheid op zee te kunnen bieden, mag dan aan de slag maar moet dan wel ook leveren (*Roorda/Ryngaert/Straten*). Het gevaar dat daaraan verbonden is, is echter ook evident: zo'n private partij krijgt een te ruime invloedssfeer, kan als burger macht uitoefenen waarmee men andere burgers kan schaden, de overheidsmacht dreigt te 'verticaliseren'. En voor je het weet, wordt de vergelijking met (de macht van) de staat gemaakt.

2.5 Naar wie?

Vraag vier luidt: naar wie verschuift de verantwoordelijkheid? In de bijdragen komen verschillende actoren naar voren die de (verschuivende) verantwoordelijkheid gaan dragen. Dat zijn steeds – logisch – actoren die buiten de overheid liggen. Met de verschuiving van verantwoordelijkheid naar deze actoren is overigens niet gezegd dat de overheid geheel uit beeld verdwijnt – we komen daar in de volgende paragraaf op terug.

Tot de actoren die méér verantwoordelijkheid zijn gaan dragen, behoren private beveiligingsbedrijven (*Giesen; Roorda/Ryngaert/Straten*), commerciële verhuurders en beheerders van openbaar toegankelijke ruimten, zoals winkelcentra (*Giesen*), beleggingsondernemingen (*Kristen/De Vita*), multinationals (*Enneking*), nano-ondernemers en andere innoverende (technologie)bedrijven (*De Jong*), en projectondernemers op gebied van ruimtelijke ordening (*Van den Broek*; vgl. *Tjepkema*). Als we deze rij private actoren nader beschouwen, valt op dat de private actoren vooral professioneel werkende (rechts)personen zijn. Dat hoeft op zich niet te verbazen, want a) dat zijn de ‘sterkere’ partijen die in de voetsporen van de overheid kunnen treden (qua kennisniveau bijvoorbeeld, zie § 2.4) en b) zulks kan de heel praktische reden hebben dat burgers en eenmanszaakjes waarschijnlijk de bij die nieuwe verantwoordelijkheid behorende civielrechtelijke aansprakelijkheid niet op kunnen brengen, en dus niet snel in beeld komen als mogelijke gedaagde.

2.6 Wat is de resterende rol van de overheid?

Zoals in §§ 2.2 en 2.5 al werd aangestipt, betekent het toebedelen aan of op zich nemen door private actoren van verantwoordelijkheid niet dat de rol van de overheid ten aanzien van de taak die de private actor op zich heeft genomen, is uitgespeeld. De vijfde vraag wij hier signaleren luidt aldus: wat is de rol van de overheid die eventueel resteert?

Soms wordt expliciet als uitgangspunt genomen dat de overheid ‘niet veel’ moet. Zo wordt in beleidsstukken over de taak van de overheid met betrekking tot fysieke veiligheid gesteld dat de overheid alleen een taak heeft waar eigenrichting verboden of ongewenst is, met het geweldsmonopolie als voorbeeld, net als het dijkbeheer.¹⁵ Uit verschillende van de hiervoor opgenomen bijdragen blijkt echter dat er vaak wel degelijk een restverantwoordelijkheid bij de overheid blijft (*Giesen; Roorda/Ryngaert/Straten; Kristen/De Vita*). Men zou ook kunnen spreken over gedeelde verantwoordelijkheid of – negatiever van toon – over een ‘versnipperde’ verantwoordelijkheid. Die restverantwoordelijkheid is soms een natuurlijke resultante van het wettelijke systeem waarbij alleen de overheid administratief-rechtelijke besluiten kan nemen (zie *Van den Broek*), maar kan ook bijvoorbeeld gebaseerd zijn op (positieve) verplichtingen voor de overheid die voortvloeien uit het EVRM. De overheid heeft onder het EVRM immers een verplichting een minimumniveau aan bescherming van fundamentele rechten te bieden aan degenen die onder haar rechtsmacht ressorteren (zie § 2.7).

Een dergelijke restverantwoordelijkheid kan tot uitdrukking komen in een toezichtsrol voor de overheid of in een handhavende rol, maar ook in de verantwoordelijkheid om

¹⁵ Zie RMO en ROB 2014, p. 4. Dat dit een nogal naïeve stelling is omdat eigenrichting altijd ongewenst is, laten we nu rusten. Op p. 6 klinkt overigens nogmaals door dat het geweldsmonopolie onaantastbaar is.

zorg te dragen voor een adequaat wettelijk kader. *Hallo de Wolf* concludeert in dit kader dat de overheid wel eens bedrogen uit kan komen als zij denkt met de privatisering het overheidsapparaat (en dus de kosten) te doen krimpen: '*Niet alleen zorgt regulering voor een uitbreiding van de omvang van de overheid, aan het instellen en effectief laten functioneren van regulerende instanties die de positieve verplichtingen van de staat realiseren hangt ook een prijskaart*'. De wettelijke civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaring van aansprakelijkheden van beleggingsondernemingen in het kader van hun klikplicht, is een voorbeeld van zo'n prijskaart (*Kristen/De Vita*).

De constatering dat er een restverantwoordelijkheid bij de overheid blijft, doet meteen ook de vraag rijzen waar de grens van die verantwoordelijkheid ligt. Waar stopt bijvoorbeeld de verantwoordelijkheid van de politie om de veiligheid van burgers te waarborgen en waar begint die van exploitant van het winkelcentrum? En als een commercieel verhuurder de veiligheid binnen het complex moet aanpakken door bijvoorbeeld het binnenterrein goed te verlichten, doet dat niet af aan de resterende verantwoordelijkheid van de politie om de publieke ruimte buiten het complex (de openbare weg) te beveiligen (*Giesen*). In dit verband zou men zich zelfs kunnen afvragen of in sommige gevallen door die restverantwoordelijkheid de verantwoordelijkheid van de overheid verhoudingsgewijs zelfs groter wordt in omvang dan voorheen. Kan de publieke zorg voor dat deel van het oorspronkelijke takenpakket dat resteert, groter worden hoewel of wellicht juist omdat de totale publieke taak door de verschuiving verkleind is?

2.7 *Het technisch-juridische verhaal?*

Trekken we de verantwoordelijkheidsverdeling en -toedeling meer naar het juridische terrein, dan komen we bij vraag zes, namelijk: hoe gaat de verschuiving van verantwoordelijkheid technisch-juridisch in zijn werk? Of, anders gezegd, waar moeten de aanknopingspunten voor de (materiële) verdeling van verantwoordelijkheid worden gezocht – een vraag die uiteraard alleen speelt als de wetgever zelf daarover niet expliciet is geweest, bijvoorbeeld door zorgplichten van privaatrechtelijke aard gewoon in een publiekrechtelijke regeling op te nemen (Emaus) – en, als die zijn gevonden, is de verantwoordelijkheid die tot de vraag naar aansprakelijkheid aanleiding geeft ook daadwerkelijk (formeel) juridisch afdwingbaar?

Zonder hier volledig te kunnen zijn, valt voor wat betreft het eerste punt wel op dat in twee bijdragen het EVRM is betrokken om de juridische (rest)verantwoordelijkheid van de staat in kaart te brengen. *Roorda/Ryngaert/Straten* onderzochten onder meer de (voor)vraag wat de verantwoordelijkheid van staten is als de keuze wordt gemaakt om de beveiliging op koopvaardischepen te privatiseren. Staat het de staten vrij om al of niet te voorzien in een regelgevend kader of zijn zij daartoe op basis van het internationaal

publiekrecht verplicht? Het antwoord op die vraag zochten zij (onder meer) in de (positieve) verdragsverplichtingen onder het EVRM; *Hallo de Wolf* zoekt de grondslag voor een dergelijke plicht overigens ook in andere internationale regelingen. *Giesen*, ten tweede, signaleert in zijn bijdrage dat het EVRM ook bij civielrechtelijke aansprakelijkheidsvragen steeds pregnanter om de hoek komt kijken. Ook hij verwijst naar de rol van de positieve verplichtingen bij het in kaart brengen van de juridische verantwoordelijkheid van de overheid. Tot die positieve (of: inspannings)verplichtingen wordt over het algemeen bijvoorbeeld gerekend de verplichting om strafbepalingen in het leven te roepen om schendingen van het recht op leven te voorkomen of, als ze reeds zijn gebeurd, te berechten.¹⁶

Bij de vormgeving van de materiële verantwoordelijkheidsverdeling valt verder op dat, waar de rechter er aan te pas komt, de overheid een grotere eigen beoordelingsruimte wordt gegund dan – na verschuiving van de taken van publiek naar privaat – de private partij. Privatisering leidt dan dus – zo stelt *Giesen* vast – mogelijk tot ruimere mogelijkheden tot aansprakelijkstelling dan die vóór de privatisering bestonden. Een verrassend gevolg, aldus *Giesen*. *Kortmann*, in reactie op de constatering, verrast dit echter geenszins; hij verklaart het verschil in benadering aan de hand van de bijzondere statuut van de gedaagde (overheid). De argumenten voor een bijzondere behandeling, zo meent hij, vallen weg door de verandering van de hoedanigheid van de gedaagde. Voor een bijzondere behandeling van bijvoorbeeld het particuliere beveiligingsbedrijf die beveiligingstaken op zich neemt, ziet hij geen goede reden.

Ten aanzien van het tweede punt, de berechting van een verantwoordelijke partij, ontbreken in het internationale recht niet zelden handvatten. Juridisch-technisch kan worden gesproken van een ‘accountability vacuüm’. Is eenmaal een verantwoordelijke partij opgespoord en zijn er tevens aanwijzingen dat deze partij wellicht in rechte aansprakelijk gehouden zou kunnen worden, dan is het gezien de internationale context immers nog maar de vraag of er toegang bestaat tot een rechter die een dergelijke claim kan beoordelen (*Enneking; Roorda/Ryngaert/Straten*).¹⁷

Ten slotte laten de wettelijke civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaringen inzake mogelijke aansprakelijkheden vanwege uitvoering geven aan een klikplicht zien dat de wetgever komt tot invoering van de moeilijk te duiden rechtsfiguur van de vrijwaring die een bescherming tegen aansprakelijkheid zou moeten bieden (*Kristen/De Vita*). Daarmee verschuiven verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden niet, maar worden de gevolgen daarvan zo veel mogelijk weggenomen om de private partijen te bewegen tot het adequaat uitvoering geven aan een wettelijke plicht (i.c. de klikplicht die op beleggingsondernemingen rust).

¹⁶ Uitvoerder daarover bijv. Gerards 2011.

¹⁷ Vgl. de recente studie van Heldeweg op het gebied van de levensmiddelenmarkt: Heldeweg 2014.

2.8 Wat betekent dit voor de betrokken juridische disciplines?

De zevende en laatste vraag is dan: wat betekent dit voor de betrokken juridische disciplines? Zoals in § 2.4 al besproken, kan als mogelijke verklaring voor de verschuiving gelden dat zeker de laatste halve eeuw het klassiek-liberale wereldbeeld ingeruild is voor een meer communautair beeld. Dat is voor het privaatrecht op zichzelf al een revolutie, hoewel die zich in stilte voltrokken heeft. Verder geldt dat als private partijen publieke taken gaan verrichten, het privaatrecht ingrijpt waar private partijen met hun doen of nalaten in dat kader de belangen van andere partijen raken, ook waar het gaat om belangen die niet individualiseerbaar zijn (in andere woorden: algemene of publieke belangen). Los van dit specifieke punt van de ‘verpublicisering van privaatrecht’ valt waar te nemen dat er voor alle terreinen een voortdurende kruisbestuiving plaatsvindt, op alle mogelijke manieren, en dat die onderlinge samenhang van invloed is op evenzoveel mogelijke wijzen. Het privaatrecht verpubliciseert, als gezegd, maar het publiekrecht verprivatiseert evenzeer (denk aan de zorgplichten in de Wet financieel toezicht, waarover *Emaus* en *Hartlief*); het strafrecht verwordt tot onderdeel van het bestuursrecht, en het bestuursrecht wordt een vorm van (efficiënt, want OM-loos) strafrecht.

En hoe zit het met het internationaal publiekrecht? Dat groeit autonoom, en speelt overall leentjebuurt om de groei te voeden. Waar het internationaal publiekrecht vervolgens tegenaan loopt, is dat het moeilijk is om de eigen regulering, bedoeld voor staten, toe te passen op private partijen. Die regels zijn daar niet voor geschreven en zijn extreem star (zo ook *Hallo de Wolf*). Dat leidt overigens ook weer tot veranderingen in het privaatrecht waar van buiten de betrokken personen wordt opgelegd wat kan en wat niet kan: vergunningen zijn noodzakelijk. Autonome private partijen kunnen daardoor minder eenvoudig afspreken wat hun goed dunkt; de contractsvrijheid is beperkt door de politiek, zoals *Roorda/Ryngaert/Straten* laten zien. Dat de extraterritoriale werking van verplichtingen tot zorgvuldig gedrag van internationaal opererende ondernemingen jegens andere private actoren niet alleen in het internationaal publiekrecht vragen oproept, maar ook in het internationaal privaatrecht, zien wij terug in de bijdrage van *Enneking*.

3 AFRONDING: EEN TUSSENSTAND IN HET DEBAT

Het behoeft nauwelijks betoog dat veel van de vragen over de consequenties van de verschuiving van verantwoordelijkheden van overheden naar private partijen nog niet definitief beantwoord zijn. We komen dan ook niet verder dan een tussenstand. Zo werpt *Hartlief* bijvoorbeeld de vraag op of de ‘sterke’ en daarmee verantwoordelijk te achten partij wel zo eenvoudig valt te ontdekken en of die ‘sterke partij’ niet zeer sterk contextgebonden is, en *Hallo de Wolf* stelt de vraag of privatisering in het internationaal publiekrecht wel kosten

zal besparen omdat dit waarschijnlijk tot de oprichting van diverse nieuwe organisaties zal leiden. Kortmann vraagt zich af waarom je de overheid niet anders zou mogen en wellicht moeten behandelen dan private partijen, terwijl Faure aangeeft dat een *smart mix* van reguleringsinstrumenten in het geheel niet eenvoudig te realiseren is. Tjepkema trekt op zijn beurt bijvoorbeeld in twijfel de doelmatigheid van het concept dat private belanghebbenden de planschade dragen in plaats van de overheid. En zo zijn er nog veel meer thema's en vraagstukken op te werpen.

Deze en andere resterende vragen laten zien dat en waarom de besproken verschuiving van 'publiek' naar 'privaat' zo'n boeiend thema is, en het een vrijwel niet aflatende bron van inspiratie en debat voor juristen uit allerlei domeinen vormt. Aan dat debat hopen wij in het voorgaande een enkele prikkelende gedachte en een bruikbaar idee te hebben toegevoegd, in de wetenschap dat datzelfde debat nog lang voort zal duren.

LITERATUUR

Brouwer/Schilder 2014

J.G. Brouwer, A.E. Schilder (red.), *Van een andere orde*, BJu: Den Haag 2014

Engelhard 2010

E.F.D. Engelhard, (Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het 'grijze' gebied, in: L.F.M. Besselink, R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Staat-rechtsconferentie 2009*, WLP: Nijmegen 2010

Freeman 2003

J. Freeman, 'Extending public norms through privatization', 116 *Harv. L. Rev.* 1285

Gerards 2011

J. Gerards, *EVRM. Algemene beginselen*, Sdu: Den Haag 2011

Giesen 2013

I. Giesen, Hoe democratisch is de participatiesamenleving? *Sociale vraagstukken*, november 2013, download: <http://www.socialevraagstukken.nl/site/2013/11/01/hoe-democratisch-is-de-participatiesamenleving/>

Groenhuijsen 2013

M.S. Groenhuijsen, Afrondende en overkoepelende beschouwingen over het thema privatisering van het strafrecht, *AA* 2013, p. 606 e.v.

Heldeweg 2014

M. Heldeweg, 'Levensmiddelenrecht onder een transnationale en private rule of law?', *AA* 2014, p. 488–496

Kool 2014

R.S.B. Kool, (Crime) Victims' Compensation: The Emergence of Convergence, *Utrecht Law Review* Volume 10, Issue 3 (June) 2014, p. 14 e.v.

Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten 2012

Parlementaire Onderzoekscommissie Privatisering/Verzelfstandiging Overheidsdiensten, *Verbinding verbroken. Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten*, 's-Gravenhage: 2012

Du Perron 2013

C.E du Perron, Normen tussen publiekrecht en privaatrecht, in: O. Cherednychenko, e.a. (red.), *Het publieke van het privaatrecht: hoe regulering van publieke belangen het privaatrecht beïnvloedt*, BJu: Den Haag 2013, p. 13 e.v.

RMO en ROB 2014

RMO en ROB, *Veiligheid en verantwoordelijkheid in het sociale domein*, http://adviesorgaanrmo.nl/Publicaties/Adviezen/Veiligheid_en_verantwoordelijkheid_in_het_sociale_domein_september_2014

Scheltema 2013

M.W. Scheltema, De invloed van bestuursrechtelijke normen op het privaatrecht, *MvV* 2013, p. 186 e.v.

Schutgens 2012

R.J.B. Schutgens, Art. 3:305a BW: de burgerlijke rechter tussen algemene belangen en particuliere hobby's, in: L.E. de Groot, H. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op 14 terreinen*, Kluwer: Deventer 2012, p. 207 e.v.

Vranken 2014

J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel****. Een synthese*, Kluwer: Deventer 2014

Wiggers-Rust 2013

L.F. Wiggers-Rust, Roeien tegen de stroom in?, *NJB* 2013, p. 1374 e.v.

Wilhelmsson/Hurri 1999

T. Wilhelmsson, S. Hurri (ed.), *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, Ashgate: Aldershot 1999

Wilms/Friperon 2011

P. Wilms, R. Friperon, & J. Weda, *Literatuuronderzoek privatisering gevangeniswezen* (onderzoek in opdracht van het WODC), Den Haag: 2011

WRR 2000

WRR, *Het borgen van publiek belang*, AUP: Amsterdam 2000 http://www.wrr.nl/fileadmin/nl/publicaties/PDFRapporten/Het_borgen_van_publiek_belang.pdf

WRR 2012

WRR, *Publieke zaken in de marktsamenleving*, AUP: Amsterdam 2012 http://www.wrr.nl/fileadmin/nl/publicaties/PDFRapporten/Publieke_zaken_in_de_marktsamenleving.pdf

Zijlstra e.a. 2008

S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel, A.A. Freriks, *Privaat bestuur? Preadviezen VAR*, BJu: Den Haag 2008