

Het privaatrecht als instrument in het publieke domein

Ivo Giesen¹

Urgenda is het begin van een nieuw tijdperk, een tijdperk waarin beleid ook buiten Den Haag gemaakt kan worden, en ook buiten de politiek, in de rechtszaal. Dat geldt eens te meer als we, zoals het er nu naar uit ziet, zelfs van private actoren publiek beleid en de naleving daarvan gaan vergen. Ook de zaak van Tristan van der Vlis is het begin van een nieuw tijdperk, een tijdperk waarin een gebrek aan aan te spreken daders meer en meer ondervangen wordt door de kring van mogelijke daders breder te trekken dan voorheen mogelijk was of überhaupt bedacht kon worden. Beide constatering en getuigen van de neiging van het aansprakelijkheidsrecht om constant uit te breiden, of positiever geformuleerd, van de enorme mate van creativiteit binnen en de enorme spankracht van dat aansprakelijkheidsrecht.

Inleiding

Wat hebben de Urgenda klimaat-zaak en de schietpartij in Alphen aan den Rijn door Tristan van der Vlis met elkaar gemeen? In elk geval dit, zo zal ik in het navolgende betogen, dat in beide gevallen het civiele aansprakelijkheidsrecht het publieke domein wordt 'ingezogen' om aldaar 'orde op zaken' te stellen, om de boel daar 'te regelen' (reguleren). Het is die stelling die ik hierna nader zal toelichten.

Ik doe dat door een tweeluik te schetsen, waarbij elk van die twee luiken of delen weer uit twee panelen zal bestaan; dat levert dus een vierdeling op. Het eerste luik (I) gaat over de inzet van het civiele aansprakelijkheidsrecht als beleidsinstrument om publieke beleidsdoelen (ofwel: een publiek belang) na te streven, waarbij maatschappelijke verandering dan een beoogd (neven) effect is. Dat kan gebeuren door, dat wordt dan paneel A, de overheid in rechte te betrekken of door, als paneel B, private actoren, met name (multinationale) bedrijven, te dagvaarden. Het tweede luik (II) ziet op de inzet van het civiele aansprakelijkheidsrecht om het publieke domein, in de zin van de openbare of publieke ruimte, te regelen, met name de veiligheid binnen dat publieke domein, zonder dat daarmee bij voorbaat ook specifieke beleids-effecten beoogd worden. Het gaat dan veeleer, in elk geval in eerste instantie, om rechtsbescherming.² Dit kan dan weer geschieden door (paneel A) de overheid te dag-

vaarden of door (paneel B) private actoren in rechte te betrekken.

I Aansprakelijkheidsrecht als instrument om beleidsdoelen na te streven

I.A Tegenover de overheid

Het schoolvoorbeeld, en dus begin ook ik daar mee, van de inzet van het aansprakelijkheidsrecht als instrument om een beleidsdoel, een publiek belang, na te streven, betreft uiteraard de vraag of we het recht, het aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder, kunnen inzetten tegen de overheid als het gaat om het maatschappelijk vraagstuk van klimaatverandering, en de daaraan gerelateerde klimaat schade. De vraag of het aansprakelijkheidsrecht 'iets' kan of wellicht zelfs moet doen met de gevolgen van de opwarming van de aarde, is in het bijzonder naar voren gekomen in de veelbesproken Urgenda-zaak zoals beslist door Rechtbank Den Haag.³

In die Urgenda-zaak wordt, sterk samengevat, beslist, door middel van het verlenen van het daartoe gevraagde bevel, dat de Nederlandse regering het bestaande milieubeleid moet aanpassen omdat de Staat daarmee onrechtmatig handelt aangezien dat huidige klimaatbeleid te weinig reductie van de uitstoot van broeikasgassen (CO₂) bereikt in 2020 (namelijk 17%) om de opwarming van de aarde op langere termijn enigszins onder controle te kun-

nen houden en de doelstellingen op dat vlak te halen (daarvoor is een CO₂-reductie van minimaal 25% nodig, doch liever 40%). De grondslag voor die rechtsplicht en het daaraan gekoppelde bevel wordt gevonden in de norm voor onrechtmatig handelen uit artikel 6:162 lid 2 BW: 'handelen in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt', zoals nader ingevuld door de gevaarzettingsleer uit het *Kelderluik*-arrest.⁴ Behartenswaardig daarbij is dat de rechtsplicht die de Staat geschonden heeft, via de afweging van factoren die de gevaarzettingsleer biedt, 'verrijkt' of ten minste aangevuld wordt door (de strekking van) diverse internationaalrechtelijke en Europese normen daarin mee te wegen en deze dus te incorporeren, een *modus operandi* die onze Hoge Raad overigens ook wel lijkt te benutten.⁵

Vooraf opmerkelijk in die Urgenda-uitspraak is dat de traditionele scheiding der machten (gaat de rechter hier niet het beleid van de regering bepalen en daarmee op de stoel van de wetgever plaatsnemen?) niet als doorslaggevend argument tegen het verlenen van het gevorderde bevel werd gezien door de rechtbank. Dat heeft sommigen verrast, en anderen aanleiding gegeven om te bepleiten meer afstand van dergelijke (ver)oude(rde) dogma's te nemen.⁶ Intussen loopt het hoger beroep en dus is het nog afwachten of deze uitspraak in stand zal blijven; dat is niet te voorspellen. Wel echter laat zich voorspellen dat deze uitspraak, wat het hoger beroep ook brengt, nog gedurende langere tijd de nodige effecten zal hebben, omdat met dit vonnis is gebleken – dat kunnen we nu al wel vaststellen – dat de rechterlijke macht een belangrijke rol kan spelen in dit type zaken, dat wil zeggen in dossiers die in feite de vraag betreffen *hoe* en *door wie* bepaalde maatschappelijke problemen gereguleerd (als in: opgelost) moeten en kunnen worden.

Dat was in 2017 al meteen terug te zien toen Milieudefensie de Staat aansprakelijk stelde⁷ voor het niet

afdoende vaststellen van een luchtkwaliteitsplan en voor het voortdurend overschrijden van de grenswaarden als het om de uitstoot van stikstof en fijnstof gaat. Dat kort geding won Milieudefensie in eerste aanleg glansrijk, leidend tot een gebod om een beter kwaliteitsplan vast te stellen en een verbod om nog maatregelen te nemen die de luchtkwaliteit nadelig beïnvloeden. Nadien is die zaak, zowel in de bodemprocedure als in hoger beroep van het kort gedingvonnis, alsnog over de kop gegaan, en is de vordering afgewezen,⁸ maar zelfs met inachtneming van

De Urgenda-zaak is als het ware de 'moeder' aller rechterlijke regulerings-zaken

dat gegeven is deze *Milieudefensie*-zaak schatplichtig aan de Urgenda-zaak. Die laatste zaak opende immers de mogelijkheid en gaf de moed om deze tweede zaak te starten om zo (te proberen) de overheid te dwingen anders te handelen.

De Urgenda-zaak is dus als het ware de 'moeder' aller rechterlijke regulerings-zaken.⁹ Daarmee bedoel ik het type zaak waarin van de civiele rechter expliciet en doelbewust gevraagd wordt om, over de band van het aansprakelijkheidsrecht, via een bevel of verbodsactie, een maatschappelijk probleem dat niet (of onbevredigend) op andere (wetgevende of beleidsmatige) weg tot een oplossing is gekomen, te reguleren. In het Urgenda-geval zelf gaat het dan niet om een gebrek aan overheidsregulering van de beleidsmakers en de wetgever, maar – en dat is

Auteur

1. Prof. mr. I. Giesen is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan Ucall en het Molengraaff Instituut, Universiteit Utrecht; hij is tevens medewerker van het NJB. Met dank aan Elbert de Jong en Kirsten Maes voor hun kritisch meelezen. Deze bijdrage is een bewerking van een lezing die de auteur in mei 2018 verzorgde voor een symposium van advocatenkantoor Pels Rijcken te Den Haag onder dezelfde titel. Delen van deze lezing werden (in licht gewijzigde vorm) eerder gepubliceerd in zijn bijdrage 'Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht op de drempel van 2017', in: M. Kruihof (red.), *Inzichten in actueel aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia: Antwerpen 2018, p. 241 e.v.

Noten

2. Zie nader E.R. de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering en het EVRM: over drempels om de civiele rechter als risicoreguleerder op te laten treden', *NTM* 2018 (2),

p. 207 e.v., over het onderscheid tussen maatschappelijk belang-claims en rechtsbeschermingsclaims. Ik volg dat onderscheid hierna niet helemaal. Mijn tweede en derde voorbeeld hierna zijn op zichzelf als rechtsbescherming te duiden (het gaat steeds om schadevergoeding achteraf) maar ze beogen meer, ze beogen vooral een grote maatschappelijke misstand aan de kaak te stellen (o.a. genocide).

3. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145; AB 2015/336 (*Urgenda/Staat*). Het hoger beroep in die zaak loopt inmiddels al weer enige tijd; de pleidooien zijn eind mei 2018 gehouden en het arrest van het hof wordt in oktober 2018 verwacht, zie www.urgenda.nl/hoger-beroep-klimaatzaak/ (laatst geraadpleegd 12 september 2018).

4. HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136, waarover recentelijk E.G.D. van Dongen & I. Giesen, 'Het Kelderluik-arrest: van niet zo revolutionair naar niet meer weg te denken', *RM Themis* 2018, p. 67 e.v.

5. Ik noem hier HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106 (*stank in Groesbeek*), een hinder-zaak, waarin de HR toestaat dat het hof nieuwe regelgeving (de Wet geurhinder en veehouderij) gebruikt (als inspiratie) om de onrechtmatigheid van stankhinder die dateert van voor het in werking treden van die wet, als onrechtmatig te beoordelen. Dat kan omdat het voldoen aan publiekrechtelijke regelgeving (inclusief een vergunning) voor het oordeel over hinder niet alleen en alles bepalend is (zie r.o. 3.3.3). Ook wijs ik op HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1107 (*SNS/St. Gedupeerden overwaardeconstructie W&P*) over de aansprakelijkheid van een kredietaanbieder voor overkreditering, waarin de bijzondere zorgplicht van de bank wordt ingevuld als omvattende het voorkomen van overkreditering van de consument op grond van een norm die pas later in de Wfd en Wft is opgenomen maar die voordien al 'tot ontwikkeling was gekomen' o.a. in vergelijkbare wetgeving (de Wet Consumentenkrediet)

en zelfregulering (de Gedragscode Hypothecaire Financieringen) en door de nieuwe wetgeving is bevestigd (zie r.o. 4.2.7).

6. Zie o.a. R. Schutgens, 'Urgenda en de Trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2270-2277, versus o.a. R. Van Gestel & M. Loth, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0', *NJB* 2015/1849, afl. 37, p. 2598-2605.

7. Zie Rb. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171, AB 2017/335.

8. Zie Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, AB 2018/115; en Hof Den Haag 22 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1128.

9. Zie over dat thema ook, onder redactie van E.R. de Jong, M. Faure, I. Giesen & P. Mascini, het 'Special Issue on Judge-Made Risk Regulation and Tort Law', van de *European Journal of Risk Regulation* 2018/1, p. 6-98.



misschien wel extra bijzonder – om de vervanging en aanvulling (beter: aanscherping) van dat beleid en de regels. Er zijn echter ook andere voorbeelden te geven van onderwerpen en terreinen waarop van het aansprakelijkheidsrecht expliciet gevraagd wordt om, mede, een regulerende functie te vervullen.

Zo'n ander voorbeeld van een zaak waarin de civiele rechter gevraagd wordt om, via het aansprakelijkheidsrecht, een politiek oordeel te geven over de wijze waarop een maatschappelijk probleem is geadresseerd, maar dan *achteraf*, als de schade zich al gemanifesteerd heeft, en niet vooraf, zoals in *Urgenda*, is de hoger beroepsprocedure bij Hof Den Haag inzake de Srebrenica-claim.¹⁰ In die zaak wordt de Staat een hoop zaken verweten met betrekking tot de afwikkeling van de VN-missie rondom Srebrenica in voormalig Joegoslavië; de genocide die daarop volgde, is uiteraard de misstand die uiteindelijk aan de kaak wordt gesteld.¹¹ Veel van de gemaakte verwijten stranden, vaak op het juridische gegeven dat de VN lange tijd de baas over de missie was, en niet Nederland. Echter, er was wel sprake van onzorgvuldig handelen van de overheid waar het ging om het voortzetten van de begeleiding van de evacuatie vanaf de compound van Dutchbat op 13 juli 1995, toen Bosnisch-Servische soldaten de mannelijke vluchtelingen gingen scheiden (zie r.o. 61). Ook onrechtmatig is dat men de mannelijke vluchtelingen niet de keuze heeft gegeven om op de compound te blijven (r.o. 63). Ten aanzien van het eerste punt van onzorgvuldigheid ontbreekt echter de causaliteit. Zeer cru gezegd: de vluchtelingen zouden toch wel vermoord zijn, (r.o. 64.2). Maar de verklaring voor recht dat er onrechtmatig is gehandeld op dit punt, wordt wel gegeven in verband met de genoegdoening (erkenning) die dat bieden kan (r.o. 65). De causaliteit ten aanzien van het tweede onrechtmatige handelen (het nalaten de mannen een keuze te laten) is beide kanten op te onzeker (zouden de mannen wel of niet alsnog afgevoerd en vermoord zijn?) om vast te kunnen stellen; het Hof bepaalt de gemiste kans op het kunnen ontkomen aan executie vervolgens op 30%, zodat 30% van de schade aan executeerbaar is (r.o. 68).

Een laatste voorbeeld dat ik hier noemen wil, is de *Q-koorts*-uitspraak van Rechtbank Den Haag van januari 2017.¹² Een van de verwijten aan de Staat in die zaak, en dus de misstand¹³ die aan de kaak wordt gesteld via deze claim, was dat te lang gewacht is met het treffen van adequate maatregelen tegen de gevaren van *Q-koorts*. De rechtbank overweegt in dat verband:

'5.11. In het door de rechtbank toe te passen toetsingskader volstaat niet de vaststelling dat een maatregel te laat en – in de woorden van eisers – te lankmoedig (in de zin van: te mild) is genomen. Dat de Staat destijds maatregelen had kunnen nemen die hij niet heeft genomen, is niet voldoende om tot onrechtmatig handelen te kunnen concluderen, net zo min als de vaststelling dat – achteraf gezien – het (eerder) nemen van een bepaalde maatregel effectief zou zijn geweest. Beoordeeld moet worden of de Staat, gezien de hem destijds bekende risico's en met inachtneming van de aan hem toekomende beoordelings- en beleidsvrijheid, maatregelen had moeten treffen en of het treffen van deze maatregelen destijds voorzienbaar voldoende effect zou hebben gehad.'

En vervolgens stelt zij nog (r.o. 5.15), dat de rechter gezien zijn positie in het staatsbestel terughoudendheid dient te betrachten bij het toetsen van het gestelde regelgevingsfaalen, doch ook dat de aan de overheid toekomende beleids- en beoordelingsvrijheid haar grenzen vindt in de wet of rechtstreeks werkende verdragen zoals het EVRM, inclusief daaruit voortvloeiende positieve verplichtingen (welke overigens op hun beurt ook weer ruimte voor beleidskeuzes laten). Vervolgens blijkt in deze zaak uit de uitvoerige, hier niet nader te bespreken toets van de rechter aan de gestelde norm dat er van onrechtmatig handelen geen sprake is geweest (r.o. 5.37-5.152), zodat ook die zaak uiteindelijk 'gunstig' afloopt voor de overheid.

Dat laatste wil echter geenszins zeggen dat de overheid gerust achterover kan leunen; sterker, de besproken trits aan zaken laat zien dat ons recht de ruimte biedt om de overheid, vooraf of achteraf, aan te spreken op de

Het principe van rechterlijke beleidscontrole staat met deze trits zaken inmiddels stevig overeind

beleidsmatige keuzes die gemaakt zijn, zodat de verantwoording in het parlement niet meer het enige controlemechanisme is dat tegen overheidshandelen in stelling is te brengen. Dat die 'nieuwe controlemogelijkheid' niet altijd tot direct succes leidt (lees: toewijzing van het gevraagde verbod of de schadevergoeding), is dan in zekere zin bijzaak, want er wordt bijvoorbeeld ook bekendheid verworven en reputatiewinst geboekt. Los daarvan en wezenlijker: het principe van *rechterlijke beleidscontrole* staat met deze trits zaken inmiddels stevig overeind. Dat bijvoorbeeld de beleidsmatige onvrede bij de Groningers over de afwikkeling van het gaswinningsdossier via de rechter wordt aangevochten, zal dan ook – los van hier niet nader te bespreken inhoudelijke merites van die zaken – niet verbazen. Maar daarmee zijn we er uiteraard nog niet, want het voorgaande laat ook zien dat de combinatie van 'reguleringsvragen' en 'aansprakelijkheidsrecht' diverse interessante nieuwe vragen oproept. Ik denk dan bijvoorbeeld aan vragen over de mogelijkheden van 'public interest litigation',¹⁴ over 'judge made risk regulation',¹⁵ alsmede over de rechterlijke omgang met macro-effecten bij rechterlijke rechtsvorming.¹⁶

I.B Tegenover de private sector

Als we het hebben over de inzet van het aansprakelijkheidsrecht ten opzichte van de private sector, dan gaat het in eerste instantie al snel over de omgang met maatschappelijk verantwoord ondernemen (hierna ook: MVO) door de grote multinationals van deze wereld en de mogelijke rol van het aansprakelijkheidsrecht daarbij, dat wil zeggen: de mogelijkheden om een fatsoenlijk MVO-beleid af te dwingen. Kort gezegd gaat het in deze discussie hierom dat steeds meer personen en organisaties (vooral NGO's) in de rijke Westerse landen zich zorgen maken over het leefmilieu, de mensenrechten en de arbeidsomstan-

digheden elders, in lagelonenlanden voornamelijk, voor de mensen daar die tegen minimaal loon onze welvaartsproducten produceren (kleding, smart phones, enz.). Aldus rijst de vraag of multinationals, zoals de grote oliebedrijven en kledingmerken, hier in het Westen, waar ze hun thuisbasis hebben, aangesproken kunnen worden door de slachtoffers van mensenrechtenschendingen of beroerde arbeidsomstandigheden in hun thuislanden, hoewel die schendingen op het conto komen van dochterondernemingen en onderaannemers van de multinationals. Dat is een lastig (regulerings)vraagstuk omdat er in die thuislanden veelal geen daadwerkelijke 'access to justice' is te verkrijgen voor de slachtoffers, terwijl er aan het instellen van juridische procedures in het Westen grote vraagtekens kleven, zoals (ipr-)vragen van rechtsmacht en toepasselijk recht, evenals de vraag of het aansprakelijkheidsrecht wel geschikt en in staat is om dit type zaken af te wikkelen, mede vanwege de extraterritorialiteit van die claims.¹⁷

Er is veel meer over te zeggen en over te doen dan ik hier kwijt kan, maar een van de specifieke kwesties die speelt, is in hoeverre er op Westerse bedrijven civielrechtelijke zorgplichten rusten met betrekking tot hun omgang met mens en milieu elders. Enneking e.a.¹⁸ concludeerden in 2016 in een breed opgezette, empirisch-rechtsvergelijkende studie dat weliswaar veel van de bestaande normen geënt zijn op vrijwilligheid van de deelnemende bedrijven (denk dus aan 'soft law' en zelfregulering) en de bestaande internationale normen (denk aan de UN Guiding Principles, het zogenoemde Ruggie Framework) meestal niet direct als bindend worden geëfficeerd en ervaren door de betrokken bedrijven (en vele overheden), maar dat er niettemin inmiddels wel degelijk echte harde zorgplichten te ontwaren zijn,¹⁹ zodat het aansprakelijkheidsrecht via de civiele rechter hier dus regulerend kan worden ingezet.²⁰ Dat is belangrijk, zeker in die Westerse landen waar de overheden, zoals de Nederlandse overheid, vaak minder daadkrachtig kunnen of wensen te zijn omdat ze – op zich niet onbegrijpelijk, maar empirisch niet aangevoeld – de gevolgen vrezen voor het economisch klimaat. Kort gezegd: men wil de multinationals en hun werkgelegenheid niet weggagen.²¹

Nieuw in deze discussie is inmiddels dat ook het bedrijfsleven (Shell met name) wordt aangesproken (althans, daar wordt op aangekoerst) op haar bijdrage aan

10. Hof Den Haag 27 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1761.

11. Het gaat hier dus niet enkel om rechtsbescherming (vergelijk noot 2 hiervoor).

12. Zie Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587.

13. Ook hier is het dus niet louter rechtsbescherming die klinkt...

14. Zie L. Enneking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', *NJB* 2014/1136, afl. 23, p. 1542-1551.

15. Zie o.a. E.R. de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering bij gezondheids- en milieurijsico's', *Ars Aequi* 2015, p. 872-881, en de al

(in noot 9) genoemde special van de *EJRR* 2018/1.

16. Vergelijk o.a. E.R. de Jong, 'De alles overziende rechter? Over rechtsvorming met oog voor macro-effecten', in: T. Hartlief & M.G. Faure (eds.), *De Spierbundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 51-67, en E.R. de Jong & T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten', *NTBR* 2017/2.

17. De literatuur hierover is, zeker internationaal, overvloedig, zie de volgende noot voor een overzichtswerk met vele verdere verwijzingen, alsmede de diverse bijdragen

in het recente 'Special Issue: Accountability of Multinational Corporations for Human Rights Abuses', *Utrecht Law Review*, Volume 14, Issue 2, 2018, onder redactie van C. Ryngaert.

18. Zie L.F.H. Enneking e.a., *Zorgplichten van Nederlandse ondernemingen inzake internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

19. 'Op ondernemingen rust een zelfstandige verantwoordelijkheid om zoveel mogelijk te voorkomen dat hun activiteiten negatieve gevolgen hebben voor de mensenrechten van derden en om eventuele schendingen

te verhelpen', aldus Enneking e.a. 2016, p. 41 (samenvatting) en p. 659.

20. Zie in dit verband ook de uitspraken van de Rechtbank Den Haag inzake de claims van enkele Nigeriaanse boeren en Milieudefensie tegen Shell, en met name Rb. Den Haag 30 december 2009,

ECLI:NL:RBDHA:2009:BY9854 (*Olielekkage Ikot, Ada Udo*), waarover Enneking e.a. 2016, p. 99 e.v.

21. Enneking e.a. 2016, p. 648-652, laat zien dat die vrees niet al te sterk hoeft te zijn.

de wereldwijde klimaatverandering. Milieudefensie stelt in een aangekondigde claim dat Shell's bedrijfsvoering, wetende wat de gevaren van fossiele brandstoffen zijn, heeft bijgedragen aan de wereldwijde klimaatschade en dat zij daarvoor privaatrechtelijk aan te spreken is. Op de website staat het zo:

'Shell weet al ruim 30 jaar dat klimaatverandering een groot gevaar is voor het leven op aarde, maar besloot om het publiek te misleiden en klimaatbeleid actief tegen te werken. (...) Daarom eist Milieudefensie dat Shell stopt met het veroorzaken van rampzalige klimaatverandering.'²²

Men eist dus geen schadevergoeding in geld, maar een beleidswijziging, af te dwingen door de rechter, zoals de rechter in de Urgenda-zaak de overheid dwong om haar milieubeleid aan te passen. Alleen, het gaat nu niet over het beleid van de overheid maar van een privaat, en daarmee noodzakelijkerwijs op winst gericht bedrijf. Shell wordt dus aangesproken op het niet-behalen van bepaalde, door de klager gewenste milieudoelen, tevens *publieke* beleidsdoelen, en daarmee niet enkel op het privaatrechtelijke handelen, hoewel de actie uiteraard wel zo wordt ingekleed, via de onrechtmatigedaadsprocedure. Dat betekent dat de door mij geschetste panelen I.A en I.B als het ware gecombineerd worden, in die zin dat ook het private bedrijfsleven wordt aangesproken op het niet-behalen van bepaalde publieke beleidsdoelen. Een ingewikkeld punt aan die claim is, wat mij betreft, dat voor overheden en bedrijven (deels) andere normen gelden. Shell is als zodanig

Ook het private bedrijfsleven wordt aangesproken op het niet-behalen van bepaalde publieke beleidsdoelen

nig niet gebonden aan welk klimaatverdrag dan ook,²³ want dat zijn instrumenten van en gericht op nationale staten. Daarop zijn de private bedrijven dus niet aan te spreken. Anderzijds, een tot nader doordenken dwingende wending is dit zeker, want het eerder aangestipte 'probleem' van de machtscheiding zoals dat bij overheids-optreden speelt, is hier niet aan de orde. Los daarvan: deze zaak 'in aanbouw' onderstreept zowel het hedendaagse belang van het civiele aansprakelijkheidsrecht als instrument om beleidsdoelen en publiek belangen na te streven, als de kansen die het recht biedt aan slachtoffers.

II Aansprakelijkheidsrecht als instrument om het publieke domein te reguleren

Als we het hebben over de inzet van het aansprakelijkheidsrecht als instrument in het publieke domein, dan vervult dat aansprakelijkheidsrecht inmiddels ook nog een andere rol. Ik wil daar nog kort bij stil staan omdat ook deze rol weleens heel belangrijk zou kunnen gaan worden. Dat aansprakelijkheidsrecht kan namelijk ook ingezet worden, zowel tegenover de overheid als tegenover particulieren, om het gedrag van mensen in de openbare, publieke

ruimte te corrigeren (achteraf) en daarmee dus ook te reguleren (vooraf). De overheid of particulier wordt dan aangesproken, als zogenoemde 'secundaire dader', vanwege het nalaten om het slachtoffer op afdoende wijze te beschermen tegen inbreuken (door middel van strafbare feiten) op de fysieke veiligheid, gepleegd door derden (de 'primaire' daders). Het gaat dus om een nalaten om voor een veilige openbare ruimte te zorgen. Een voorbeeld: doordat de beveiliging van het private appartementencomplex waarvoor de verhuurder verantwoordelijk is, niet op orde was, kon het gebeuren dat een bewoner van dat complex binnen de muren van dat complex verkracht wordt door een buitenstaander. Sprekend over dit type zaken, komt in een Nederlandse setting ook Tristan van der Vlis om de hoek.²⁴

II.A Tegenover de overheid

Tristan van der Vlis was de schutter tijdens de schietpartij in winkelcentrum De Ridderhof op 9 april 2011 te Alphen aan de Rijn, de ramp die leidde tot, in eerste aanleg, het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 4 februari 2015.²⁵ Bij die schietpartij werden zes personen gedood en zestien personen verwond door Tristan, waarna hij ook zichzelf om het leven bracht. Enkele slachtoffers en nabestaanden van die schietpartij spreken de overheid aan, hier: de Politieregio Holland Midden. Inzet van de procedure was de mogelijke aansprakelijkheid van de politieregio in verband met vermeende fouten bij de verlening van de wapenvergunning aan Van der Vlis. Gegeven diens antecedenten had die vergunning, zo stellen de eisers, niet verleend mogen worden. De rechtbank oordeelt in die zaak dat de politie in strijd met de wet handelde, maar toch niet aansprakelijk is, en wel vanwege het relativiteitsver-eiste. De rechtbank komt, in lijn met het arrest *Duwbak Linda*,²⁶ tot haar afwijzende oordeel, naar ik aanneem uit angst voor een ongehoord groot aantal claims, van grote groepen claimanten, tegen de overheid die daarmee dan te snel aansprakelijk zou kunnen worden gehouden.²⁷

De eisers zijn in hoger beroep gegaan en dat beroep hebben ze inmiddels gewonnen. Veel te kort gezegd constateert het Hof Den Haag,²⁸ anders dan de rechtbank, dat de Wet wapens en munitie wel (mede) strekt tot bescherming van de burger tegen de schadelijke gevolgen van gebruik van vuurwapens door personen die daartoe niet bekwaam zijn en dus geen vergunning hadden moeten krijgen. Dat oordeel is juist, indachtig de toelichting bij die wet die, (te) kort gezegd, gericht is op de veiligheid van burgers. Natuurlijk is het gevolg daarvan – namelijk dat de overheid aansprakelijk is en tot schadevergoeding verplicht – een stevig gevolg dat niet iedereen zonder meer zal willen accepteren, maar dan dient wel bedacht te worden dat het de overheid zelf is die het in haar macht heeft om een stortvloed aan claims (als de vrees daarvoor feitelijk al gerechtvaardigd zou zijn) te voorkomen door de vergunningverlening nauwkeurig en adequaat, op grond van alle beschikbare en relevante informatie, aan te pakken, en zo incidenten zoals in Alphen aan den Rijn te voorkomen. Daarbij realiseer ook ik mij terdege dat de aansprakelijkheid van de overheid een zogenaamde 'afgeleide aansprakelijkheid' is – het was enkel Van der Vlis, en niet de korpschef, die de trekker overhaalde – maar dat argument is op zichzelf onvoldoende om aansprakelijkheid af te kunnen wijzen, want de overheid is ook, secundair weliswaar, maar toch, een *zelfstandig verwijt*

te maken; men heeft Tristan in de positie gebracht om te kunnen handelen zoals hij deed.²⁹ De (mogelijke) aansprakelijkheid van de overheid beklemt dus, achteraf, dat de overheid mede de hoeder is van een veilig publiek domein, van een veilig openbaar toegankelijk winkelcentrum, en dat dit hoederschap ook af te dwingen is via het aansprakelijkheidsrecht. Andere voorbeelden zijn de casus van de Monstertruck die in Haaksbergen het publiek in reed,³⁰ en voorheen al de Vuurwerkcramp in Enschede,³¹ hoewel de deur van aansprakelijkheid daar nog stevig dicht bleef. En zo reguleert de civiele rechter ons inmiddels richting een veilige(r) leefomgeving.³²

II.B Tegenover de private sector

Dit type claims, waarbij dus een financieel stabiele partij als secundaire dader wordt aangesproken voor schade die in eerste instantie door een ander, de onvindbare of insolvente primaire dader is veroorzaakt maar die de secundaire dader ook had kunnen voorkomen als deze zich zorgvuldiger had gedragen, worden ook ingesteld tegen particulieren, en dus niet alleen tegen de overheid. In termen van de schietpartij in Alphen: wellicht zou ook het winkelcentrum De Ridderhof aan te spreken zijn geweest in verband met hun gebrekkige beveiliging. Ik beweer hier niet dat dit in casu het geval was of zou moeten zijn, daarvoor ontbreekt mij de benodigde dossierkennis, maar de rechtspraak in de Verenigde Staten geeft aan dat dit op zichzelf geen vreemde denkrichting zou zijn. Aldaar worden bijvoorbeeld beheerders van winkelcentra en appartementscomplexen met regelmaat aangesproken voor de gevolgen van de misdrijven die derden binnen hun terrein of complex hebben gepleegd, omdat die beheerders – hoewel het misdrijf voorzienbaar was – dat toch niet hebben voorkomen, althans niet voldoende heb-

ben gedaan om te proberen die misdrijven te voorkomen. En ook in Nederland is die secundaire aansprakelijkheid aan de orde, bijvoorbeeld voor scholen (denk aan schade door loverboys, schade door letsel door de ene leerling toegebracht aan een ander)³³ en sportverenigingen (onervaren rugbyspeler raakt gewond in een scrum),³⁴ maar inmiddels misschien ook wel voor onze winkelcentra: nu het incident in Alphen eenmaal heeft plaatsgevonden kan er qua veiligheid wellicht meer verwacht worden van de andere winkelcentra in Nederland.³⁵ De mate van voorzienbaarheid is namelijk een belangrijke factor bij het bepalen van de aansprakelijkheid in concreto, zo blijkt uit eerder onderzoek,³⁶ en daarmee – gelukkig – ook een rem op een al te ongebreideld aansprakelijkheidsrecht.

Uitleiding

Als ik tracht, tot slot, om deze vier panelen samen te voegen, dan kom ik tot deze hoofdlijnen. Ik constateer ten eerste dat *Urgenda* het begin van een nieuw tijdperk is, een tijdperk waarin beleid ook buiten Den Haag gemaakt kan worden, en ook buiten de politiek, in de rechtszaal. Dat geldt eens te meer als we, zoals het er nu naar uit ziet, zelfs van private actoren publiek beleid en de naleving daarvan gaan vergen. Ik constateer ten tweede dat ook de zaak van Tristan van der Vlis het begin van een nieuw tijdperk is, een tijdperk waarin een gebrek aan aan te spreken daders meer en meer ondervangen wordt door de kring van mogelijke daders breder te trekken dan voorheen mogelijk was of überhaupt bedacht kon worden. Beide constatering getuigen, denk ik, van de neiging van het aansprakelijkheidsrecht om constant uit te breiden, of positiever geformuleerd, van de enorme mate van creativiteit binnen en de enorme spankracht van dat aansprakelijkheidsrecht. •

22. Zie <https://milieudefensie.nl/klimaat-zaakshell/waarom-een-rechtszaak-tegen-shell> (laatst geraadpleegd op 12 september 2018).

23. Tenzij de overheid zo'n klimaatverdrag zou doorvertalen naar in eigen wetgeving opgenomen regels voor de eigen onderdanen (inclusief bedrijven) op hun grondgebied, maar zover zijn we nog niet.

24. Een promovenda van mij, Kirsten Maes, is over dit thema een boek aan het schrijven. Ik zeg hier dus niet te veel over deze materie, maar verwijst u graag naar haar publicaties, zie K.L. Maes, 'De reikwijdte van primaire en secundaire zorgplicht: gelijke monniken, gelijke kappen', *AV&S* 2016/2; K.L. Maes, 'Over de zoektocht naar en de grenzen van secundaire aansprakelijkheid na het schietincident in Alphen aan de Rijn', *TVP* 2017/4; K.L. Maes, 'De overheid als secundaire aansprakelijke partij in het civiele (letselschade) recht', Kennisdocument Hof Den Bosch, 2018. Zelf schreef ik eerder al over dit thema in I. Giesen, 'Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door priva-

te actoren', in: I. Giesen, J.M. Emaus & L.F.H. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: BJu 2014, p. 81-114, en I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, met name p. 47 e.v.

25. Rb. Den Haag 4 februari 2015, ECLI:NL:RBGHA:2015:1061.

26. HR 7 mei 2004, *NJ* 2006/281.

27. Dat was voor sommigen een stevige doorn in het oog, en voor anderen begrijpelijk. Verbijstering of verbazing overheerste bij T.W. Fransen & D. Van Tilborg, 'De ingewikkelde zoektocht naar doel en strekking van de geschonden norm', *O&A* 2015/30, p. 57 e.v.; L. Di Bella, 'Geen aansprakelijkheid politie voor onrecht verlenen wapenverlof', *AV&S* 2016/23, p. 129 e.v.; T. Hartlief, *AA* 2015, p. 924. (Voornamelijk) begrip was er bij R. Meijer, 'Relativiteitsperikelen: Wet wapens en munitie geen schild tegen concrete (vermogens)schade?', *MvV* 2015, p. 76 e.v.; W. Den Hollander, 'Fout, maar niet aansprakelijkheid', in: R. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiek-*

recht, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 101 e.v.

28. Zie Hof Den Haag 27 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:541.

29. In deze zin ook T. Hartlief, 'Van schurken en toezichthouders', *NJB* 2010/490, afl. 10, p. 603; J.S. Kortmann, 'Korte reactie op 'Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren'', in: I. Giesen, J.M. Emaus & L.F.H. Enneking, *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: BJu 2014, p. 117-123, en specifiek inzake overheidsaansprakelijkheid I. Giesen, *Aansprakelijkheid en toezicht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 152, alsmede C.L.G.F.H. Albers & P.C.M. Heinen, 'Een (verkapte) civielrechtelijke immuniteit voor toezichtsen handhavingsfalen van overheidsorganen? Overheidsaansprakelijkheid voor de vuurwerkcramp Enschede: "wat niet weet, wat niet deert!"', *Gst.* 2010/101, p. 510.

30. Rb. Overijssel 28 november 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4794, alhoewel dit De gemeente Haaksbergen is door de

slachtoffers aansprakelijk gesteld (zie *AD* 4 februari 2016).

31. O.a. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, *NJ* 2015/343, m.nt. Hartlief (*XL Insurance Company Ltd./Staat*).

32. Zelfs als claims (merendeels) worden afgewezen want zo'n claim scherpt dan toch in dat er een veiligheidsaspect in het geding is dat de secundaire dader zich allicht aantrekken moet en dat modelleert hun toekomstige handelwijze. Er zijn overigens genoeg zaken aan te wijzen die wel succesvol waren. Zie nader Giesen 2014.

33. Zie uitvoerig en in breder verband B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen*, Deventer: Kluwer 2013.

34. Vergelijk Rb. Den Haag 28 oktober 1998, *VR* 2000/156 (*Van der Meijden/Haagse Rugby Club*), waarover Giesen 2014, p. 100.

35. Giesen 2014, p. 108-109.

36. Giesen 2014, p. 107-108.