Utrecht Centre for Accountability and Liability Law &
Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe

Departement Rechtsgeleerdheid

UNIVERSITEIT UTRECHT

RAPPORTAGE

voor het

MINISTERIE VAN INFRASTRUCTUUR EN MILIEU

Mogelijkheden schadevoorkomingsplicht via aansprakelijkheidsrecht

Prof. dr. A.L.M. (Anne) Keirse

MOGELIJKHEDEN SCHADEVOORKOMINGSPLICHT

VIA AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

INHOUDSOPGAVE

WOORD VOORAF 1

SAMENVATTING 3

SUMMARY 5

1 INLEIDING 7

1.1 AANLEIDING EN DOELSTELLING VAN DE RAPPORTAGE 7

1.2 CENTRALE VRAAG EN ONDERZOEKSVRAGEN 9

1.3 OPZET EN LEESWIJZER 10

2 PRETENTIES VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT 13

2.1 DOELSTELLING VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT 13

2.2 UNIVERSELE GRONDBEGINSELEN VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT 14

2.3 VOORZORG, ZORG EN NAZORG IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT 15

2.4 VOORZORG, ZORG EN NAZORG IN DE SLEUTEL VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT 17

2.5 SAMENVATTENDE CONCLUSIES 18

3 AARD, INHOUD EN DRAAGWIJDTE VAN DE SCHADEVOORKOMINGS-PLICHT 21

3.1 DRIELUIK 21

3.2 AARD VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT 21

3.2.1 Rechtsgrond 21

3.2.2 Wettelijke grondslag 23

3.2.3 Rechtskarakter 24
3.3 INHOUD VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT 25
3.3.1 Grenzen der schadevoorkomingsplicht 25
3.3.2 Algemene gezichtspunten 26
3.3.3 Toepassingsgevallen 26
3.3.3.1 *Gevaltypen* 26
3.3.3.2 *Aidstest* 27
3.3.3.3 *Vermijdingsverplichting* 29
3.4 DRAAGWIJDTE VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT 34
3.5 SAMENVATTENDE CONCLUSIES 35

4 INBEDDING VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT 37
4.1 VOORDELEN, NADELEN EN RANDVOORWAARDEN 37
4.2 NOODZAAK TOT PERSPECTIEFWISSELING 37
4.2.1 Voorkomen is beter dan vergoeden 37
4.2.2 Plichtsgetrouw boven rechtsgetrouw 38
4.2.3 Aansprakelijkheidsrecht is meer dan schadevergoedingsrecht 40
4.3 VALKUILEN 40
4.4 SAMENVATTENDE CONCLUSIES 41

5 INTERNATIONAALRECHTELIJKE CONTEXT VAN VEILIGHEIDS-BELEID 43
5.1 INTERNATIONALISERING 43
5.2 INTERNATIONALE RECHTSBRONNEN VOOR VEILIGHEIDSBELEID 43
5.3 EUROPESE COMPETENTIES OP HET TERREIN VAN HET PRIVAATRECHT 44
5.4 RELEVANTE EUROPESE REGELGEVING: VERORDENINGEN, RICHTLIJNEN EN OPEN METHODE VAN COÖRDINATIE 45
5.5 EUROPEESRECHTELIJKE INKLEURING VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE ZORGPLICHT 48
5.5.1 De betekenis van uniforme EU-verplichtingen voor de privaatrechtelijke 48

rechtsverhouding
5.5.2 Betekenis van de REACH-verordening voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding 50
5.5.3 Betekenis van de Biocidenverordening voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding 52
5.5.4 Concretisering van de voornoemde betekenis van EU-recht voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding 53
5.6 EUROPEESRECHTELIJKE BEGRENZING VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE ZORGPLICHT 54
5.6.1 Ter inleiding 54
5.6.2 Productaansprakelijkheid Europees bepaald 55
5.6.2.1 *Aanleiding* 55
5.6.2.2 *Inhoud in vogelvlucht* 55
5.6.2.3 *Implementatie* 56
5.6.2.4 *Aard van de harmonisatie* 57
5.6.2.5 *Verhouding tot het overige Nederlandse recht* 57
5.6.2.6 *Verhouding tot de schadevoorkomingsplicht* 58
5.7 SECTORSPECIFIEKE BEGRENZING VAN NATIONAAL AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT DOOR INTERNATIONAAL RECHT 59
5.7.1 Luchtvervoerrecht 59
5.7.2 Exclusiviteit van Montreal 60
5.8 SAMENVATTENDE CONCLUSIES 60

6. CASUÏSTIEK 63
6.1 CASUÏSTIEK KLEURT IN 63
6.2 KLIMAAT IN VLIEGTUIGEN 63
6.2.1 Aerotoxic syndrome en economy class syndrome 63
6.2.2 Luchtkwaliteit in cockpit en cabine 63
6.2.2.1 *TCP's* 63
6.2.2.2 *Aanpak ministerie IenM* 64
6.2.2.3 *Meersporenbeleid* 66
6.2.2.4 *Rechtszaken: schadevergoedings- en schadevoorkomingsclaims* 67

6.2.2.5 *Gedeelde verantwoordelijkheid* 69
6.3 ZELFRIJDENDE AUTO 70
6.3.1 Een reeks van betrokken actoren 70
6.3.2 Ontwerp- en productieteam 70
6.3.3 Gebruiker of eigenaar 70
6.3.4 Overige verkeersdeelnemers 72
6.3.5 Wegbeheerder 72

7 SLOTBESCHOUWING 73

WOORD VOORAF

Voor u ligt een rapportage over de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht opgesteld in opdracht van het ministerie van Infrastructuur en Milieu in het kader van het programma Bewust Omgaan met Veiligheid.

Dit onderzoek beoogt in kaart te brengen welke mogelijkheden het aansprakelijkheidsrecht biedt om te realiseren dat betrokken instanties en partijen de juiste rollen en verantwoordelijkheden voor veiligheid op zich nemen of toebedeeld krijgen. Het in beeld krijgen van de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht is een essentiële stap op de door het ministerie van Infrastructuur en Milieu uitdrukkelijk ingeslagen weg naar een breed getoetst, gedragen en goed verankerd afwegingskader ten behoeve van een verantwoord beleid voor veiligheid in de fysieke leefomgeving.

Het betreft een onderzoek met beperkte looptijd dat is uitgevoerd in de laatste paar maanden van 2015 en afgerond in de eerste maand van 2016. Bij de totstandkoming van deze rapportage kon ik rekenen op de medewerking, hulp en ondersteuning van collega's en student assistenten. Mijn waardering en dank gaat allereerst uit naar Jessy Emaus voor haar essentiële bijdragen voor de totstandkoming van hoofdstuk 5 alsook voor haar meedenken en nuttige toevoegingen. Ook Elbert de Jong wil ik graag bedanken voor zijn nuttige commentaar bij eerdere versies van dit rapport. Dank ben ik ook verschuldigd aan Rudolf Renting en Tom Bouwman die door hun ondersteuning als student assistenten in belangrijke mate hebben bijgedragen aan de voltooiing van dit onderzoek.

Tot slot spreek ik ook graag mijn waardering uit over de medewerking vanuit het ministerie van Infrastructuur en Milieu. Met veel plezier kijk ik terug op de inspirerende, vruchtbare en prettige gesprekken die ik in het kader van de uitvoering van dit onderzoek voerde met Monique Bosman, Klaas van der Grinten, Ine Minis en Charlotte van Slagmaat.

Anne Keirse

Utrecht, Januari 2016

SAMENVATTING

Dit onderzoeksrapport over de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht via het aansprakelijkheidsrecht is opgesteld in opdracht van het ministerie van Infrastructuur en Milieu in het kader van het programma Bewust Omgaan met Veiligheid. Het draagt bij aan het door het ministerie geëxpliciteerde streven naar een eenduidig, integraal en beleidsthema overstijgend afwegingskader voor veiligheids- en risicovraagstukken.

De vraag die in dit onderzoek centraal staat is welke mogelijkheden het aansprakelijkheidsrecht biedt om te realiseren dat partijen de juiste rollen en verantwoordelijkheden voor veiligheid op zich nemen of toebedeeld krijgen. Het gaat hierbij niet alleen om verantwoordelijkheid die reactief wordt opgepakt naar aanleiding van daadwerkelijke aantastingen van veiligheid, maar met name ook om proactieve verantwoordelijkheid met betrekking tot potentiële bedreigingen. Daarbij moet ook nadrukkelijk acht worden geslagen op de internationale context van veiligheidsbeleid. Internationale en Europese regulering beïnvloeden de nationale speelruimte van de schadevoorkomingsplicht, reden waarom in dit onderzoek ook de draagwijdte van relevante internationale rechtsbronnen (waaronder in het bijzonder EU-regelgeving) wordt belicht.

Geconcludeerd is dat (h)erkenning van de privaatrechtelijke schadevoorkomingsplicht een geboden tussenstap vormt naar een meer verantwoord en beter te verantwoorden veiligheidsbeleid. De schadevoorkomingsplicht betrekt de samenleving, speelt in op kennis, ervaring en verantwoordelijkheid vanuit de samenleving, effectueert het voorzorgsbeginsel en biedt een juridisch instrument om schade te voorkomen. Om de missie 'Een leefbaar, bereikbaar en veilig Nederland' die het ministerie van IenM uitdraagt, te laten slagen, moeten de relevante partijen hun verantwoordelijkheid nemen. Die verantwoordelijkheid omvat de actieve plicht schade te voorkomen. Deze plicht kan onder omstandigheden mede voortvloeien uit internationale of nationale publiekrechtelijke regelgeving, maar zal ook bij afwezigheid daarvan gegrond kunnen worden op ongeschreven recht, te weten op de open privaatrechtelijke zorgvuldigheidsnorm die in binnen- en buitenland ten grondslag ligt aan de stelsels van aansprakelijkheidsrecht.

Geïllustreerd in dit rapport is dat verschillende situaties verschillende maten van voorzorg, zorg en nazorg vergen. De precieze grenzen van de uit het aansprakelijkheidsrecht voortvloeiende voorzorgverplichtingen, zorgverplichtingen en nazorgverplichtingen worden mede bepaald door de persoon van de actor, de aard van diens activiteit, het risico-object of -subject, de categorieën van betrokkenen, de schadesoort alsmede de omvang daarvan die zich ter voorkoming of beperking aandient.

Omstandigheden kunnen aldus de grens van de vereiste voorzorg, zorg of nazorg verleggen, maar zij kunnen actoren niet van elke zorg ontheffen. Er is een minimum aan zorg die in het kader van de schadevoorkomingsplicht van elke actor kan worden gevergd. Een verstandig actor gaat hiertoe uit zichzelf over, mede uit welbegrepen eigen belang. De onwillige zal daartoe met toepassing van artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek kunnen worden veroordeeld. De schadevoorkomingsplicht vindt immers grondslag in universele grondbeginselen van aansprakelijkheidsrecht en is rechtens afdwingbaar.

Door de gedragsnormen die in ons publiekrecht en privaatrecht besloten liggen, te plaatsen in de sleutel van de schadevoorkomingsplicht kan de verantwoordelijkheid worden

geëxpliciteerd en afgedwongen, ook in de fase dat niet-naleving van gedragsnormen nog niet tot schade heeft geleid. Dit betekent dat als de schadevoorkomingsplicht wordt geïnternaliseerd in het publieke veiligheidsbeleid alsook in de processen van private actoren, bewerkstelligd wordt dat de betrokken partijen de juiste rollen en verantwoordelijkheden voor veiligheid krijgen; met het oog op een leefbaar, bereikbaar en veilig Nederland.

SUMMARY

This report analysing the options of the duty to prevent damage (schadevoorkomingsplicht) through liability law was commissioned by the Ministry of Infrastructure and the Environment, as part of the programme 'Explicitly dealing with safety' (Bewust Omgaan met Veiligheid). It contributes to the Ministry's express aim to work towards an unequivocal, integrated and cross-policy framework to assess issues regarding risk and security.

The central question in this study is: Which options does liability law offer to ensure that parties take up or are given the appropriate roles and responsibilities for security? This concerns not only the responsibility to respond to actual breaches of security, but also particularly to proactively monitor for potential threats. Express attention should be given to the international context of security policy. International and European regulation influences the domestic field when it comes to the duty to prevent damage, which is why this study also takes into account the scope of relevant international legal sources, and particularly EU regulation.

The conclusion is that the private-law duty to prevent damage should be recognised as a necessary step towards a more responsible and explicable security policy. The duty to prevent damage involves all citizens, takes advantage of knowledge, experience and responsibility in society, implements the precautionary principle and constitutes a legal instrument to prevent damage. In order to make the Ministry's mission of 'The Netherlands: liveable, accessible and safe' (Een leefbaar, bereikbaar en veilig Nederland) a success, the relevant parties must each take their responsibility. This responsibility includes the active duty to prevent damage. In certain circumstances, this duty can also be based on international or domestic public-law regulation, but failing that it may also be based on unwritten law, i.e. on the open private-law standard of due care which in both domestic and foreign law is the basis of liability-law systems.

This report illustrates that different situations require different degrees of precaution, care and aftercare. The exact boundaries of the precautionary duties, care duties and aftercare duties as based on liability law are determined by the personality of the actor, the nature of their activity, the risk object or risk subject, the categories of those involved, and the type and size of damage which should be prevented or controlled.

This means that circumstances can alter the boundaries of the precaution, care or aftercare required, but can never completely release actors from the duty of care. There is a minimum of care that each actor should take as part of their duty to prevent damage. A prudent actor will act as such, also based on well-interpreted self-interest. The unwilling actor could be ordered to do so under Book 3, Article 296 of the Dutch Civil Code. After all, the duty to prevent damage is based on universal fundamental principles of liability law and is legally enforceable.

Using the standards of conduct that form an intrinsic part of our public law and private law as a trigger to activate the duty to prevent damage can make the responsibility explicit and enforce it, even in the phase where non-compliance with standards of conduct has not yet resulted in any damage. This also means that internalising the duty to prevent damage into public security policy and into the processes of private actors will work to allocate the parties involved the appropriate roles and responsibilities regarding security: all this with a view to the Netherlands being liveable, accessible, and safe.

1 INLEIDING

1.1 AANLEIDING EN DOELSTELLING VAN DE RAPPORTAGE

De mens wordt voortdurend aan risico's blootgesteld. Mede als gevolg van de globalisering, de toenemende bevolking en de ontwikkeling van nieuwe technologieën worden deze risico's steeds complexer. Het bevorderen van de veiligheid – in het domein van verkeer en vervoer, water, ruimte, klimaat, milieu en leefomgeving – is een belangrijk doel van het ministerie van Infrastructuur en Milieu (hierna ook: ministerie van IenM). Vanuit de missie 'Een leefbaar, bereikbaar en veilig Nederland' werkt het ministerie van IenM aan het oplossen van vraagstukken van maatschappelijke veiligheid in de fysieke leefomgeving. Het beleid richt zich daarbij op het beheersen en verminderen van risico's op verlies van mensenlevens, risico's op gezondheidsschade als gevolg van aantasting van de fysieke leefomgeving, alsook risico's op economische schade in de fysieke leefomgeving. Hoewel bij het oplossen van de vele afzonderlijke veiligheidsproblemen die in de fysieke leefomgeving spelen, veelal ook maatwerk nodig is, is het zaak om voor het risico- en veiligheidsbeleid een coherent, consistent en breed toepasbaar afwegingskader voorop te stellen dat ten grondslag ligt aan de te maken keuzes.

Naar aanleiding van een toezegging aan de Eerste Kamer van de voormalig staatssecretaris van IenM, mevrouw W. Mansveld, om in samenwerking met de minister van IenM meer samenhang in de risicobeoordeling en -afweging binnen het veiligheidsdomein van het ministerie van IenM te brengen,[1] wordt sinds medio 2013 gewerkt aan de ontwikkeling van een verbreed, verbeterd en verduidelijkt afwegingskader voor de te nemen veiligheidsmaatregelen in de verschillende IenM domeinen. In 2014 heeft de Wetenschappelijke Raad voor Regeringsbeleid (WRR) handreikingen opgesteld voor een dossieroverstijgende benadering van risico- en veiligheidsvraagstukken.[2] In het briefadvies 'Consistent Maatwerk' reikt de WRR tien algemene kernvragen aan die de overheid zich telkens bij de voorbereiding en bij de evaluatie van risico- en veiligheidsbeleid dient te stellen. Een tijdige en systematische beantwoording van deze kernvragen draagt bij aan het tot stand komen van een goed onderbouwd en transparant te verantwoorden coherent risico- en veiligheidsbeleid. Ook de Raad voor de leefomgeving en infrastructuur (Rli) heeft een briefadvies uitgebracht onder de titel 'Risico's gewaardeerd – naar een transparant en adaptief risicobeleid'.[3] De Rli stelt een afwegingskader voor waarin numerieke risiconormen niet doorslaggevend zijn en waarin morele vragen over een rechtvaardige verdeling van lusten en lasten en zorgen van omwonenden over onzekerheden op een transparante wijze worden betrokken. Vervolgens heeft het ministerie van IenM 'een proeve van een IenM-breed afwegingskader veiligheid' gepresenteerd in de Beleidsnota 'Bewust Omgaan met Veiligheid: Rode Draden'.[4]

Aan de basis van dit afwegingskader staan in de eerste plaats tien geëxpliciteerde uitgangspunten voor het beleidsproces. In de tweede plaats is een uniforme opzet van het beleidsproces gepresenteerd langs de fasen van beeldvorming, oordeelsvorming en besluitvorming.

---

1 Bij de behandeling van het wetsvoorstel Wijziging van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen en enige andere wetten in verband met de totstandkoming van een basisnet (Wet basisnet) d.d. 2 juli 2013, *Handelingen I* 2012/13, 32862, nr. 33.

2 'Consistent maatwerk – handreikingen voor dossieroverstijgend risico- en veiligheidsbeleid', WRR, juni 2014.

3 'Risico's gewaardeerd – naar een transparant en adaptief risicobeleid', Rli, mei 2014.

4 Brief van minister en staatssecretaris van IenM aan de voorzitter van de Eerste Kamer, 'Beleidsnota: Bewust Omgaan met Veiligheid: Rode Draden; een proeve van een IenM-breed afwegingskader veiligheid', kenmerk IENM/BSK-2014/145705, 10 juli 2014.

In de context van deze rapportage is het van belang te benadrukken dat voorzorg en verantwoordelijkheid binnen dit afwegingskader leidende elementen zijn. Een van de uitgangspunten is dat de verantwoordelijkheid van overheid, bedrijfsleven en burgers bij de besluiten expliciet wordt gemaakt. Een tweede uitgangspunt is het voorzorgsprincipe toe te passen bij nieuwe, nog onzekere risico's. Een derde, in de onderhavige context belangrijk uitgangspunt luidt dat de samenleving (waaronder burgers, bedrijven, ngo's en wetenschappers) dient te worden betrokken bij het beleidsvormingsproces. Gewenst is dat het bedrijfsleven (primair de) verantwoordelijkheid heeft en neemt. Noemenswaardig zijn tevens de uitgangspunten die zien op het afwegen van veiligheid, gevaren en risico's enerzijds en innovatie, maatschappelijke kosten en baten anderzijds.

Ook in de fasen van het beleidsproces staan vragen naar voorzorg en verantwoordelijkheid centraal. Zo zal steeds in kaart moeten worden gebracht welke wet- en regelgeving relevant is, hoe ver de wettelijke aansprakelijkheid reikt, wat de betekenis is van eventuele vergunningen of toezeggingen. Ook zal onderzocht moeten worden wie waarvoor verantwoordelijk is, of de regelgeving en/of de normstelling aanpassing behoeft en of er zinvolle afspraken zijn te maken over de verantwoordelijkheid en eventuele aansprakelijkheid.

In de actuele tweede fase van het Programma 'Bewust Omgaan met Veiligheid' wordt het voornoemde afwegingskader toegepast op de volle breedte van beleidsvelden van het ministerie van IenM. Het doel is te komen tot een breed getoetst, gedragen en goed verankerd afwegingskader ten behoeve van een verantwoord beleid voor veiligheid in de fysieke leefomgeving.[5] Daartoe wordt in beeld gebracht of het afwegingskader reeds is verankerd in de beleidsterreinen en of verbetering in beleid geboden is. In dit verband bestaat er vraag naar inzicht in de mogelijkheden van de aansprakelijkheidsrechtelijke schadevoorkomingsplicht. Dit biedt immers ten eerste de sleutel tot het expliciteren van verantwoordelijkheden van betrokken partijen en ten tweede een instrument om het voorzorgsprincipe toe te passen.

Met het oog op het gegeven dat schade voorkomen beter is dan schade vergoeden, verlegt het leerstuk van de schadevoorkomingsplicht het gebruikelijke perspectief binnen het aansprakelijkheidsrecht; van schade vergoeden naar schade voorkomen en daarmee van de individuele rechten van de schuldeiser naar de algemene plichten van de schuldenaar. De schadevoorkomingsplicht stelt centraal de primaire plicht van eenieder om zich te gedragen conform de maatschappelijke betamelijkheid en daarmee om het onrechtmatig toebrengen van schade aan een ander te voorkomen. Door de gedragsnormen die in ons recht besloten liggen, te plaatsen in de sleutel van de schadevoorkomingsplicht kan de verantwoordelijkheid worden geëxpliciteerd en afgedwongen, ook in de fase dat niet-naleving van gedragsnormen nog niet tot schade heeft geleid. Daarmee kan de schadevoorkomingsplicht het voorzorgprincipe effectueren.

Het in beeld krijgen van de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht vormt aldus een tussenstap naar een meer verantwoord en beter te verantwoorden veiligheidsbeleid. Het leerstuk van de schadevoorkomingsplicht betrekt immers de samenleving, speelt in op de kennis, ervaring en verantwoordelijkheid vanuit de samenleving, effectueert het voorzorgsprincipe en biedt een juridisch instrument om schade te voorkomen.

5 'Hoe verder met "Bewust Omgaan met Veiligheid"? Inzichten en uitkomsten van het symposium "Bewust Omgaan met Veiligheid, hoe nu verder" op 2 en 3 maart 2015', Ministerie van IenM 2015.

1.2 CENTRALE VRAAG EN ONDERZOEKSVRAGEN

Centrale vraag is hoe te realiseren dat partijen de juiste rollen en verantwoordelijkheden voor veiligheid op zich nemen of toebedeeld krijgen.[6] Daar waar de relevante partijen hun verantwoordelijkheid niet nemen, zal de missie van het ministerie van IenM van leefbaarheid, bereikbaarheid en veiligheid niet slagen. Het gaat hierbij niet alleen om verantwoordelijkheid die reactief wordt opgepakt naar aanleiding van daadwerkelijke aantastingen van veiligheid, maar met name ook om proactieve verantwoordelijkheid met betrekking tot potentiële bedreigingen.

De eerste onderzoeksvraag die dit rapport beoogt te beantwoorden is welke mogelijkheden het aansprakelijkheidsrecht biedt om te realiseren dat partijen de juiste rollen en verantwoordelijkheden voor veiligheid op zich nemen of toebedeeld krijgen. Het aansprakelijkheidsrecht verdeelt verantwoordelijkheden; het bakent verantwoordelijkheden af die reactief opkomen en het schept verantwoordelijkheden die proactief spelen. Aldus brengt het aansprakelijkheidsrecht een vermaatschappelijking van de zorg om veiligheid met zich.

Ingegaan wordt op de mogelijkheden die het aansprakelijkheidsrecht biedt vanuit de gebruikelijke individuele *ex post*-benadering als zich reeds een schadevoorval heeft voorgedaan, maar met name zal de aandacht zijn gericht op de algemene *ex ante*-benadering. In het bijzonder wordt aldus onderzocht welke mogelijkheden het aansprakelijkheidsrecht biedt bij het invulling geven aan voorzorg en voorkomen van schade.

In kaart wordt gebracht welke mate van zorg en voorzorg kan worden gevergd en aan de hand van welke maatstaven dat dient te worden bepaald. Het onderzoek zal duidelijkheid bieden over de juridische verankering van het voorzorgsprincipe. Onderzocht wordt welke mogelijkheden het aansprakelijkheidsrecht biedt om schadevoorkomende maatregelen juridisch af te dwingen. Dit onderzoek heeft ook rechtsvergelijkende en rechtshistorische componenten.

Het aansprakelijkheidsrecht beoogt een veilige leefomgeving te bevorderen. Daartoe legt het burgers, bedrijven en overheden gedragsnormen op. De traditioneel en universeel meest centrale gedragsnorm luidt dat men zonder recht geen gedragingen mag verrichten die schade berokkenen aan belangen ter zake waarvan de belanghebbende het recht had te eisen dat ze zouden worden gerespecteerd. In de eeuwenoude fundamenten van het aansprakelijkheidsrecht wortelt aldus de zogenaamde schadevoorkomingsplicht. Is het kwaad toch geschied, en is er zonder recht en op toerekenbare wijze schade toegebracht, dan dient de schadeveroorzaker alles te doen wat in zijn macht ligt om de schade te beperken en verdere schade te voorkomen. Deze plicht om de schade te beperken of voorkomen heeft in beginsel naar aard der zaak voorrang boven de plicht om de schade te vergoeden. Dit zal worden toegelicht en aan de hand van jurisprudentie onderbouwd. Hiertoe zullen achtereenvolgens de wettelijke grondslag, de rechtsgrond en het rechtskarakter van de schadevoorkomingsplicht worden verklaard.

De theorie zal worden getoetst aan de praktijk. Daarbij zullen de voor- en nadelen van *ex ante*-schadevoorkomingsclaims worden belicht, mede afgezet tegen de voor- en nadelen van *ex post*-schadevergoedingsclaims. Ook komen de mogelijkheden en beperkingen van rechterlijke risicoregulering aan de orde. Handreikingen worden geboden om het ontstaansmoment van een concrete schadevoorkomingsplicht te bepalen alsook de inhoud en reikwijdte daarvan. Reeds

6 'Hoe verder met "Bewust Omgaan met Veiligheid"? Inzichten en uitkomsten van het symposium "Bewust Omgaan met Veiligheid, hoe nu verder" op 2 en 3 maart 2015', Ministerie van IenM 2015.

bestaande voorbeelden van toepassingen van de schadevoorkomingsplicht in de praktijk en jurisprudentie zullen hierbij de revue passeren.

Confrontatie van de theorie met de praktijk brengt ook mee dat acht moet worden geslagen op de internationale context van veiligheidsbeleid. De grenzen van verantwoordelijkheid worden niet alleen door het nationale recht bepaald, maar in toenemende mate ook door internationaal en in het bijzonder Europees recht. Dit betekent dat de nationale speelruimte van de schadevoorkomingsplicht door deze Europese regelgeving wordt beïnvloed, reden waarom in dit rapport ook aandacht wordt besteed aan de draagwijdte van de relevante EU-regelgeving.

Samengevat gaat het in dit onderzoek om de volgende vier vragen zoals door het ministerie van IenM in het projectplan bij de offerteaanvraag voorgelegd:

- ✓ *Welke mogelijkheden biedt het aansprakelijkheidsrecht bij het invulling geven aan voorzorg en voorkomen van schade?*
- ✓ *Kan een schadevoorkomingsplicht wettelijk worden verankerd via het privaatrecht of het bestaande Europese en nationale aansprakelijkheidsrecht?*
- ✓ *Wat zijn de voor- en nadelen, randvoorwaarden en welke stappen moeten dan worden gezet?*
- ✓ *Hoe verhoudt regulering via privaatrecht/aansprakelijkheidsrecht zich tot het karakter van de bestaande EU regelgeving (bijv. REACH-verordening en Biocidenverordening) die door hun rechtsbasis (artikel 114 VWEU) totale harmonisatie behelzen?*

Tot slot worden de resultaten van het onderzoek geïllustreerd aan de hand van een uitwerking van de schadevoorkomingsplicht in twee actuele praktijkdossiers. Deze *cases* zijn in overleg met het ministerie van IenM geselecteerd. Het betreft het dossier van mogelijke blootstelling aan giftige stoffen in vliegtuigen en de komst van de autonoom opererende, zelfsturende auto.

1.3 OPZET EN LEESWIJZER

Dit rapport is opgebouwd uit zeven hoofdstukken, waarvan het eerste deze inleiding omvat en het laatste de slotbeschouwing met aanbevelingen. In de tussenliggende hoofdstukken worden allereerst de bovengenoemde onderzoeksvragen beantwoord en wordt vervolgens een brug geslagen naar concrete praktijkcasus.

Hoofdstuk 1 leidt het onderzoek in, plaatst het in de gegeven context en verantwoordt de aanpak en onderzoeksvragen.

Hoofdstuk 2 verkent de mogelijkheden die het aansprakelijkheidsrecht biedt bij het invulling geven aan voorzorg en voorkomen van schade, en beantwoordt aldus de eerste onderzoeksvraag. Daarbij worden de pretenties en doelstelling, zo men wil de kern van het aansprakelijkheidsrecht belicht.

Hoofdstuk 3 behandelt de aard, de inhoud en draagwijdte van de schadevoorkomingsplicht in vogelvlucht. Het brengt ter beantwoording van de tweede onderzoeksvraag in beeld hoe de schadevoorkomingsrecht in het recht is verankerd. Daartoe legt hoofdstuk allereerst de fundamenten van de schadevoorkomingsplicht bloot door de grondslag, de rechtsgrond en het rechtskarakter te duiden. Het hoofdstuk vervolgt met een verkenning van de inhoud en grenzen van de schadevoorkomingsplicht en sluit af met een reflectie over de draagwijdte daarvan. Reeds bestaande voorbeelden van toepassingen van de schadevoorkomingsplicht in de praktijk en jurisprudentie passeren daarbij de revue .

Hoofdstuk 4 richt zich op de inbedding van de schadevoorkomingsplicht. Het schetst naar aanleiding van de derde onderzoeksvraag de voor- en nadelen van *ex ante* schadevoorkomingsclaims, alsook welke mogelijkheden reeds worden benut en welke kansen nog goeddeels blijven liggen.

Hoofdstuk 5 zoomt in op de internationale context van veiligheidsbeleid. Zoals ten grondslag ligt aan de laatste onderzoeksvraag, wordt de nationale speelruimte van de schadevoorkomingsplicht door internationaal en Europees recht beïnvloed. In dat verband brengt dit hoofdstuk de draagwijdte van en de verhouding tot relevante internationale rechtsbronnen in kaart.

In hoofdstuk 6 worden de resultaten van het onderzoek geconcretiseerd, geïllustreerd en toegelicht aan de hand van een uitwerking van twee *cases*, te weten de *case* van luchtkwaliteit in de luchtvloot en de zelfrijdende auto.

Hoofdstuk 7 biedt een slotbeschouwing waarin de onderzoeksbevindingen alsook de beantwoording van de onderzoeksvragen worden samengevat. Daarin worden tevens aanbevelingen gedaan ter zake van de vraag hoe het ministerie van IenM in het kader van het Programma Bewust Omgaan met Veiligheid het internaliseren van de schadevoorkomingsplicht kan realiseren.

2 PRETENTIES VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

2.1 DOELSTELLING VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

De kern, of zo men wil het doel van het aansprakelijkheidsrecht, is de zoektocht naar de gevallen waarin een schade moet worden vergoed. In deze zoektocht wordt het resultaat bepaald door de tegengestelde werking van de gezichtspunten 'eenieder draagt de eigen schade' en 'berokken een ander geen schade'.[7] Bij het onderscheiden van de gevallen waarin aansprakelijkheid wel of niet moet volgen, wordt steeds aan beide gezichtspunten gewicht toegekend en zodoende een evenwicht gevonden tussen de vrijheid van de dader en de bescherming van de benadeelde.

Veelal wordt verondersteld dat de eerste en belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht het vergoeden van schade aan slachtoffers is.[8] Het voorkomen van schadegevallen zou een tweede, bescheidener doel zijn of zelfs niet meer dan een neveneffect van het aansprakelijkheidsrecht. De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht waarop in dit verband wordt gedoeld is gelegen in de druk die uitgaat van sancties achteraf. De dreiging schadevergoeding te moeten betalen zou daders ervan moeten weerhouden schade te berokkenen.

Dit is echter te kortzichtig gedacht. Het vergoeden van schade is niet het doel van het aansprakelijkheidsrecht;[9] het doel is het onderscheiden van de gevallen waarin een schade moet worden vergoed.[10] Welnu, daar waar gezocht wordt naar gevallen waarin schade moet worden vergoed, wordt feitelijk gezocht naar gevallen waarin schade had moeten worden voorkomen en daarmee, met een perspectiefverlegging, meer algemeen, naar situaties waarin schade voorkomen dient te worden. Aldus wordt het perspectief verlegd van het schadevergoedingsrecht naar de schadevoorkomingsplicht. De preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht ligt niet zozeer in de ontmoediging van normschendingen door de dreiging aansprakelijk gehouden te worden, maar de preventieve aspiraties vloeien – zoals hieronder nader wordt uiteengezet – voort uit de grondbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht.

Preventie moet als functie van het aansprakelijkheidsrecht worden erkend. Daarbij doel ik niet alleen op zogenaamde primaire preventie, te weten het verhinderen van het ontstaan van schade, maar ook op secundaire en tertiaire preventie. Secundaire preventie ziet op het beperken van schade in de tijd. Tertiaire preventie is gericht op het tegengaan van de aangroei van schade door verergering. In het aansprakelijkheidsrecht zijn de ideeën van deze verschillende stadia van preventie aanwezig, ook al worden ze niet als zodanig benoemd. Zo is de voornaamste doelstelling van de veroordeling tot nakoming van een rechtsplicht ingevolge artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek het voorkomen van dreigend onrecht. Is schade eenmaal ingetreden, dan

---

7 C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 5 e.v.; A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 18; 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 2015, nr. 18.

8 H. Koziol, 'Changes in Israeli Tort Law. A Continental European Perspective', in: K. Siehr & R. Zimmermann (red.) *The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 142: 'It is almost generally accepted that the primary aim of tort law is the compensation of loss suffered by the victim.' Aldus ook J. Kortmann, *The Tort Law Industry* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2009, p. 15.

9 Net zo min als de echtscheiding het doel is van het echtscheidingsrecht.

10 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 2015, nr. 18.

tracht het schadevergoedingsrecht deze zo vlug mogelijk in te dijken, door het herstel op zo kort mogelijke termijn te laten verlopen. Zowel de dader als de benadeelde worden door het recht aangespoord schade te beperken. Ook in de woorden van de Hoge Raad is de bescherming die het aansprakelijkheidsrecht geeft niet uitgeput met de daarin expliciet gegeven aanspraak op schadevergoeding na begaan onrecht; deze bescherming strekt zich ook uit tot maatregelen van preventie voor het geval ernstig dreigt, dat onrecht staat te geschieden.[11]

2.2 UNIVERSELE GRONDBEGINSELEN VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

In Europa, Zuid-Afrika en wellicht ook daarbuiten wordt het aansprakelijkheidsrecht door dezelfde eeuwenoude grondbeginselen gedragen.[12] Het zijn nog immer de principes van rechtvaardigheid van Aristoteles en de Romeinse beginselen zoals neergelegd in de Digesten, die de fundering van het privaatrecht vormen. Zoals Celsus en Ulpianus het verwoorden, is recht de kunde van wat goed en billijk is.[13] Vakgenoten uit andere culturen of andere tijden gebruiken andere woorden, maar beogen tevens uitdrukking te geven aan het hart van het recht. *Justice* wordt weerspiegeld in *Eros* in het Platoons (427 v. Chr. – 347 v. Chr.), in *Filia* in het Aristotelisch (384 v. Chr. – 322 v. Chr.), in *Agapé* in het Augustiniaans (354 - 430), in het *distributieve* in het werk van Thomas van Aquino (1225 - 1274) en in *Billigkeit* in de woorden van Kant (1724 - 1804).[14] Naar Afrikaans wereldbeeld is *ubuntu* het grondbeginsel waarop het recht steunt; *'the founding of the principle of law, the Law of law'*. Het begrip onderlijnt de verbondenheid van de mens tot andere mensen en tot de kosmos.

De universele pijlers van het recht schrijven voor eerbaar te leven, de medemens niet te benadelen en ieder het zijne te doen toekomen. Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht is: berokken een ander geen schade. Het gaat tezamen met volg het voorbeeld van de zorgvuldige persoon – eerbiedig derhalve de geschreven en ongeschreven normen van de samenleving – en respecteer de belangen ter zake waarvan de ander het recht heeft mij de aantasting daarvan te verbieden.[15]

Hiermee spoort niet dat het acceptabel is om een ander schade toe te brengen zolang deze achteraf maar wordt vergoed. Dat is niet het evenwicht waartoe de afweging van vrijheid en bescherming behoort te leiden. Als uitsluitend wordt bezien hoeveel schadevergoeding een benadeelde toekomt als hem eenmaal onrecht is aangedaan, wordt onvoldoende in ogenschouw genomen dat het er primair om gaat onrecht te voorkomen. Het aansprakelijkheidsrecht heeft meer pretenties dan alleen de vergoeding van schade. Het aansprakelijkheidsrecht kan worden ingezet om maatschappelijk schade te voorkomen.

In de kern wil het (aansprakelijkheids)recht er op toezien dat we eerbaar leven, elkaar voor schade behoeden en elkaar het nodige gunnen. Dit betekent dat een veroorzaking van schade ontoelaatbaar is, als de schade door een eerbaar persoon niet zou zijn toegebracht en de schade is toegebracht aan belangen ter zake waarvan de belanghebbende het recht had de

11 Aldus Hoge Raad 18 augustus 1944, *Nederlandse Jurisprudentie* 1944/598.

12 A.L.M. Keirse, 'Ubuntu, voor een verbintenissenrecht met ruggengraat', *Tijdschrift voor privaatrecht* 2014, afl. 3, p. 1055-1116.

13 Instituten 1; D. 1,1,1pr.-1 (Ulpianus libro primo institutionum).

14 S.E. Ngoenha, 'Ubuntu: new model of global justice?', *Indilinga. African Journal of Indigenous Knowledge Systems* 2006, afl. 2, p. 129.

15 D. 1, 1, 10, 1 (Ulpianus): *'Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere'* – vertaling J.E. Spruit, R. Feenstra & K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling. II. Digesten 1-10*, Zutphen: Walburg Pers, `s-Gravenhage: Sdu 1994: Grondbeginselen van het recht zijn: eerbaar leven, de medemens niet benadelen, ieder het zijne doen toekomen. Zie ook J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden*, Deventer: Kluwer 2003, p. 13, 15, 25-26; B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013, p. 109.

aantasting daarvan te verbieden.[16] In het burgerlijk recht vindt dit wereldwijd weerklank in de bepalingen inzake onrechtmatige daad, *delict*, *délit civil, unerlaubte Handlung, tort* die een aanspraak op schadevergoeding toekennen. Deze toekenning van een individueel recht aan degene die het zijne is onthouden op compensatie door een vervangende transactie, is in lijn met de grondbeginselen van het recht, maar kan de waarde van deze grondbeginselen niet evenaren. De effectuering van grondbeginselen impliceert weliswaar een effectuering van rechten, maar andersom geldt dit niet; de effectuering van rechten brengt nog geen effectuering van grondbeginselen mee. Evenzo is de plicht van een schuldenaar om de door hem zonder recht toegebrachte schade te vergoeden een secundaire plicht, die niet opkomt voordat het kwaad is geschied. Een primaire plicht van de schuldenaar, van elke burger, is het zich gedragen conform de maatschappelijke verantwoordelijkheid, en is daarmee de plicht het onrechtmatig toebrengen van schade aan een ander te voorkomen.

In het aansprakelijkheidsrecht draait het om de vaststelling van gevallen waarin een schade moet worden vergoed. Dit kan men echter ook bezien als een vaststelling van gevallen waarin schade had moeten worden voorkomen. Dit inzicht opent het perspectief naar waar het werkelijk om zou moeten draaien, namelijk de vaststelling van situaties waarin schade dient te worden voorkomen. Het leert dat de schadevoorkomingsplicht de voorrang verdient boven de schadevergoedingsplicht.[17]

2.3 VOORZORG, ZORG EN NAZORG IN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

In het aansprakelijkheidsrecht liggen zorgplichten besloten. Een zorgplicht laat zich kwalificeren als 'een positieve verplichting tot het nemen van zorg die een (pro)actief handelen of nalaten veronderstelt, welke verplichting in het leven wordt geroepen door een specifieke rechtsverhouding tussen partijen en welke verplichting reeds bestaat vóórdat schade ontstaat en voordat het aansprakelijkheidsrecht een schending hiervan sanctioneert.'[18] In de *Principles of European Tort Law* (PETL) wordt dit als volgt verwoord: *'A duty to act positively to protect others from damage may exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty*.'[19]

Dat dergelijke zorgplichten in het aansprakelijkheidsrecht besloten liggen, wordt bevestigd door jurisprudentie over onrechtmatig nalaten, waarbij de rechter – in retroperspectief – een plicht tot handelen aanneemt van degene die in een bijzondere relatie staat tot degene die aan een bepaald gevaar wordt blootgesteld. Zo volgt uit jurisprudentie van de Hoge Raad dat men gehouden is om een waargenomen gevaarsituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen, wanneer de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen.[20] Een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarsituatie

16 J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden: Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts; Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in Europees perspectief,* Deventer: Kluwer 2003, p. 25-26.

17 A.L.M. Keirse, *Wat zou een schuldeiser zijn zonder schuldenaar?* (oratie Utrecht), 2008. Zie ook: A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 96 e.v.; A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak*, Den Haag: Sdu 2010, p. 3 e.v. Dit wordt ook door S.D. Lindenbergh aangehaald in 'Herstel bij letsel; over juridische fundering van verplichtingen tot herstel', in: R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op recht, liber amicorum Gerrit van Maanen,* Deventer: Kluwer 2014, p. 243.

18 B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013, p. 110.

19 Artikel 4:103 PETL.

20 Hoge Raad 22 november 1974, *Nederlandse Jurisprudentie* 1975/149 (*Struikelende broodbezorger*).

zich voordoet kan een verdergaande verplichting tot zorg en oplettendheid meebrengen. En daar waar men wel verantwoordelijk is voor het ontstaan van de gevaarsituatie, wordt – met recht – (nog) meer zorg gevergd. Uit vaste jurisprudentie volgt dat men anderen niet mag blootstellen aan een groter risico dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord is. Wie bijvoorbeeld een emmertje met vloeistof aan de weg wil zetten voor afvoering door een vuilnisophaaldienst, dient ofwel gegronde redenen te hebben om aan te nemen dat de inhoud ervan bij aanraking onschadelijk is, ofwel het betreffende vuilnis onder controle te houden en diegenen die het aanpakken te waarschuwen.[21] Let wel, niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van een gevaar dat aan een bepaald gedrag inherent is, doet dat gedrag onrechtmatig zijn. Zodanig gevaar scheppend gedrag is slechts onrechtmatig indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.[22] In het bekende Kelderluikarrest overweegt de Hoge Raad als volgt: 'Alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoever aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt; dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen.'[23]

Voor het bepalen van de vereiste zorg zijn verschillende wegingsfactoren van belang.[24] Gewicht in de schaal leggen allereerst de aard van de gedragingen, het belang dat met de gedragingen wordt gediend en de persoon van de actor, in het bijzonder diens kennis en kunde. Cruciaal zijn ook het soort risico, de aard van de schade, de hoegrootheid van de kans op schade en de voorzienbaarheid van schade. Voorts is de afwendbaarheid van het risico mede bepalend en moet aldus worden gelet op de gebruikelijkheid, de moeite, de kosten, de bezwaren en de effecten van voorzorgsmaatregelen. De persoon van de benadeelde kan eveneens van belang zijn evenals de van hem te verwachten oplettendheid en voorzichtigheid.

De hoedanigheid van de actor kan aldus de grens van de vereiste zorg verleggen. Zo is de maatstaf voor een beroepsbeoefenaar een relatief zware. Een beroepsbeoefenaar dient de zorgvuldigheid in acht te nemen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.[25] Iedere producent moet maatregelen treffen om te voorkomen dat het door hem in het verkeer gebrachte product schade veroorzaakt.[26] Hij dient de consument te informeren over de verschillende aspecten van zijn product. In geval van onzekere risico's dient hij gedegen onderzoek te laten verrichten en open kaart te spelen. Een meer terughoudende toetsing kan daarentegen geboden zijn als de actor een zekere beleidsvrijheid toekomt, zoals bij overheidslichamen het geval is.

21 Hoge Raad 8 januari 1982, *Nederlandse Jurisprudentie* 1982/614 (*Natronloog*).

22 Hoge Raad 9 december 1994, *Nederlandse Jurisprudentie* 1996/403 (*Zwiepende tak*); Hoge Raad 7 april 2006, *Nederlandse Jurisprudentie* 2006/244 (*Jansen/Jansen*).

23 Hoge Raad 5 november 1965, *Nederlandse Jurisprudentie* 1966/136 (*Kelderluik*).

24 Zie uitgebreid C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, nrs. 76-107; A.T. Bolt & J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 86; B.M. Paijmans, *De zorgplicht van scholen* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013, p. 168 e.v.

25 Hoge Raad 9 november 1990, *Nederlandse Jurisprudentie* 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*).

26 Hoge Raad 22 oktober 1999, *Nederlandse Jurisprudentie* 2000/159, r.o. 3.5 (*Koolhaas/Rockwool*).

Dat de mate van voorzienbaarheid een factor van belang is bij beantwoording van de vraag of veiligheidsmaatregelen getroffen dienen te worden, betekent niet dat er geen actie ondernomen hoeft te worden zolang het onzeker is of er een gevaar dreigt. Integendeel, ook als men een onzeker risico in het leven roept wordt een proactieve omgang met dit risico gevergd. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de bestaande kennis en inzichten over het bestaan van een risico en hoe met dit risico kan worden omgesprongen, kan van de actor worden gevergd dat voorzorgsmaatregelen worden getroffen.[27]

Als – aan de andere kant van het spectrum van onzekerheid naar zekerheid – een risico zich reeds verwezenlijkt heeft en schade zonder recht en op toerekenbare wijze is toegebracht, 'vloeit uit de toepasselijke regels betreffende onrechtmatige daad voort dat de benadeelde er recht op heeft dat de gevolgen daarvan door de dader zoveel mogelijk worden beperkt dan wel door een passende vorm van schadevergoeding zoveel mogelijk zouden worden goedgemaakt.'[28] Als dan dient de actor zich derhalve in te spannen de schade voor betrokkenen zoveel mogelijk te beperken, oftewel verder te voorkomen.[29]

Kortom, een actor dient met gepaste *voorzorg* te handelen, als zich een onzeker risico aandient, hij dient *zorg* te betrachten daar waar een bekend risico in het leven wordt geroepen en hij dient de vereiste *nazorg* te betrachten indien een risico zich reeds heeft gerealiseerd. Het gaat hierbij om de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend persoon in gelijke omstandigheden mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheid zal steeds gericht zijn op het voorkomen van schade.

2.4 VOORZORG, ZORG EN NAZORG IN DE SLEUTEL VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT

Het aansprakelijkheidsrecht beoogt onder meer een veilige leefomgeving te bevorderen, ongerechtvaardigde vermogensveranderingen alsook discriminatie tegen te gaan, oneerlijke handelspraktijken uit te bannen. Daartoe legt het burgers, bedrijven en overheden gedragsnormen op. Zoals in de vorige paragraaf is uiteengezet dient eenieder te handelen conform de maatschappelijk zorgvuldigheid. Deze in het aansprakelijkheidsrecht centraal te stellen gehoudenheid om voorzorg, zorg en nazorg te betrachten krijgt handen en voeten door de erkenning van de schadevoorkomingsplicht.

Door de verschillende gedragsnormen te plaatsen in de sleutel van de schadevoorkomingsplicht verworden ze tot rechtens afdwingbare verplichtingen, ook als de niet-naleving daarvan nog niet tot schade heeft geleid. De tijd tussen het overtreden van de norm om maatschappelijk verantwoord te handelen en de mogelijkheid van een remedie wordt bij toepassing van de schadevoorkomingsplicht sterk ingekort zodat vermijdbare schade kan worden voorkomen.

De één mag de ander geen schade berokkenen. Als een mogelijke schade dreigt, moeten maatregelen ter afwending van het gevaar worden getroffen. Is het kwaad desalniettemin geschied, is er toch schade toegebracht, dan dient de schadeveroorzaker alles te doen wat in zijn macht ligt om de schade te beperken. Deze plicht om de schade te beperken heeft in beginsel naar de aard der zaak voorrang boven de plicht om de schade te vergoeden. De plicht om de

27 E.R. de Jong, 'Onzekerheid troef? Zorgplichten bij wetenschappelijke onzekerheid, het voorzorgsbeginsel en een typologie van wetenschappelijke onzekerheid', *Nederlands Juristenblad* 2014, p. 305 e.v.

28 Hoge Raad 18 juni 1993, *Nederlandse Jurisprudentie* 1994/347.

29 A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenbergh (red.), *Een nieuwe aanpak*, Den Haag: Sdu 2010, p. 9 e.v., met verwijzingen naar rechtspraak. Zie ook S.D. Lindenbergh, 'Herstel bij letsel. Over juridische fundering van verplichtingen tot herstel', in: R. de Groot e.a. (red.), *Kritiek op recht, liber amicorum Gerrit van Maanen,* Deventer: Kluwer 2014, p. 244.

schade te vergoeden dient niet meer te zijn dan het sluitstuk van het aansprakelijkheidsrecht. Dit nu wordt met het vooropstellen van de schadevoorkomingsplicht gerealiseerd.

Bij de schadevoorkomingsplicht kan het gaan om het vermijden van een mogelijk risico, om het voorkomen van de realisatie van een bekend risico, alsook om het voorkomen van verdere schade nadat een risico zich al heeft verwezenlijkt. De schadevoorkomingsplicht kent aldus drie fasen, te weten voorzorg, zorg en nazorg en valt uiteen in voorzorgverplichtingen, zorgverplichtingen en nazorgverplichtingen. Tussen deze fasen bestaan evenwel geen strikte scheidslijnen.

2.5 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

➢ *Corebusiness van het aansprakelijkheidsrecht: vergoeden of voorkomen van schade?*

Het doel van het aansprakelijkheidsrecht is niet het vergoeden van schade, maar het onderscheiden van gevallen waarin schade moet worden voorkomen.

De bescherming die het aansprakelijkheidsrecht biedt strekt zich naast het bieden van een aanspraak op schadevergoeding na begaan onrecht, in het bijzonder ook uit tot maatregelen van preventie bij dreiging van schade.

➢ *Schadevoorkoming als universeel kernbeginsel van aansprakelijkheidsrecht*

In de kern wil het (aansprakelijkheids)recht er op toezien dat we eerbaar leven, elkaar voor schade behoeden en elkaar het nodige gunnen. In het aansprakelijkheidsrecht staat de plicht van eenieder centraal zich zorgvuldig te gedragen conform de maatschappelijke verantwoordelijkheid en aldus het onrechtmatig toebrengen van schade aan een ander te voorkomen.

➢ *Voorzorg, zorg en nazorg*

Daar waar zich een onzeker risico aandient, is gepaste voorzorg geboden. Een zeker risico dient met gepaste zorg te worden beheerst. Heeft het risico zich reeds verwezenlijkt, dient nazorg te worden betracht. De schadevoorkomingsplicht valt aldus uiteen in voorzorgverplichtingen, zorgverplichtingen en nazorgverplichtingen.

➢ *Beantwoording eerste onderzoeksvraag*

- ✓ *Welke mogelijkheden biedt het aansprakelijkheidsrecht bij het invulling geven aan voorzorg en voorkomen van schade?*

Naar zijn aard geeft het aansprakelijkheidsrecht invulling aan voorzorg en voorkomen van schade. De gehoudenheid voorzorg, zorg en nazorg te betrachten is geen uitzonderlijke uitwerking van het aansprakelijkheidsrecht. Het is dé regel, ja zelfs de kern van het aansprakelijkheidsrecht.

Door het vooropstellen, instellen, toewijzen en ruchtbaarheid geven aan schadevoorkomingsclaims – boven schadevergoedingsclaims – kunnen deze mogelijkheden die het aansprakelijkheidsrecht biedt ook daadwerkelijk worden benut.

3. AARD, INHOUD EN DRAAGWIJDTE VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT

3.1 DRIELUIK

Dit hoofdstuk is opgebouwd als een drieluik. Het eerste paneel – paragraaf 3.2 – omvat de dogmatische plaatsbepaling van de schadevoorkomingsplicht in het aansprakelijkheidsrecht. Het legt de fundamenten van de schadevoorkomingsplicht bloot. Achtereenvolgens worden de grondslag, de rechtsgrond en het rechtskarakter van de schadevoorkomingsplicht verklaard. Het tweede paneel – paragraaf 3.3 – vervolgt met een onderzoek naar de inhoud en de grenzen van de schadevoorkomingsplicht. Daarbij worden de maatstaven voor toetsing van het gedrag van de actor ingevuld, onder meer met behulp van de groepscasuïstische methode. In het derde paneel – paragraaf 3.4 – wordt de draagwijdte van de schadevoorkomingsplicht belicht.

3.2 AARD VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT

3.2.1 Rechtsgrond

De grondslagen van de schadevoorkomingsplicht zijn universeel en stokoud, zij reiken tot in het Romeinse recht. Wereldwijd en door de geschiedenis heen wil het (aansprakelijkheids)recht erop toezien dat wij eerbaar leven, elkaar voor schade behoeden en elkaar het nodige gunnen.[30] Deze verantwoordelijkheid is de rechtsgrond voor zorg gericht op het voorkomen van schade. Aansprakelijkheid is daarvan een rechtsgevolg, als de verantwoordelijkheid is beschaamd.[31]

Deelnemers aan het maatschappelijk verkeer zijn gehouden rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Eenieders belang bij veiligheid is daaronder begrepen. Schadevoorkoming is aldus het kernbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht.[32]

Een kernbepaling van het aansprakelijkheidsrecht is dat schade die onrechtmatig is toegebracht, moet worden vergoed; dat je de schade moet vergoeden als je deze hebt toegebracht, betekent dat je die schade niet had mogen toebrengen; dat had je moeten voorkomen. De één dient de ander voor schade te behoeden. Berokken een ander geen schade, het wordt reeds in de Digesten als grondbeginsel van het recht benoemd. Het zijn dus de grondbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht zelf die de schadevoorkomingsplicht dragen.

Het fenomeen van de schadevoorkomingsplicht vindt ook fundering in de spiegeling met de zogenaamde schadebeperkingsplicht.[33] Aangezien het bestaan van de op de benadeelde rustende schadebeperkingsplicht wordt erkend,[34] moet ook het bestaan van de op de dader rustende

30 Zie hierboven paragraaf 2.2.

31 Aldus ook G.H.A. Schut, *Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 1-44.

32 En zelfs breder van het verbintenissenrecht, zie A.L.M. Keirse, 'Epiloog. Het contractenrecht van morgen: de uitzonderingen op het beginsel van de partijautonomie gepromoveerd tot regel', in: I. Samoy e.a. (red.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2010, p 263-268.

33 Aldus A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenbergh e.a. (red.), *Een nieuwe aanpak*, Den Haag: Sdu 2010, p. 7-9; S.D. Lindenbergh, 'Herstel bij letsel. Over de juridische fundering van verplichtingen in herstel', in: *Kritiek op recht. Liber Amoricum Gerrit van Maanen*, Deventer: Kluwer 2014, p. 239–252.

34 Zie uitgebreid over dit leerstuk: A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003.

schadevoorkomingsplicht worden erkend. Het algemeen aanvaarde leerstuk van de schadebeperkingsplicht houdt in dat een benadeelde die door toedoen van een ander schade lijdt, niet stil mag zitten, maar de schade zoveel als mogelijk moet beperken. Doet de benadeelde dat niet, dan krijgt hij zijn schade niet volledig vergoed. Dit is neergelegd in het Burgerlijk Wetboek in artikel 6:101. Welnu, aangezien van een benadeelde rechtens kan worden gevergd dat hij schade die hij door een fout van een ander lijdt, beperkt, kan zeker van een dader worden gevergd dat hij schade die hij een ander onrechtmatig toebrengt, beperkt – of nog beter, voorkomt. Daar waar zowel de benadeelde als de dader in de mogelijkheid verkeren de schade te beperken, dient de dader daartoe over te gaan en vindt de schadebeperkingsplicht van de benadeelde zijn grens. Dit is meermaals in rechtspraak naar voren gekomen.[35]

In de zaak *Staat/Van Gelder* sprak een belastingplichtige de Staat aan wegens een in strijd met de wet en dus onrechtmatig opgelegde belastingaanslag en vorderde als schade het renteverlies dat hij had geleden door de aanslagen te voldoen.[36] De Staat voerde onder meer als verweer aan dat de belastingplichtige zijn schade had kunnen en moeten voorkomen door uitstel van betaling te vragen voor de betwiste en later vernietigde heffing. De Hoge Raad verwierp dit verweer op kernachtige wijze: 'Dit verweer faalt reeds omdat ook de Staat de schade had kunnen voorkomen door ambtshalve uitstel van betaling te verlenen en de Staat dan Van Gelder niet kan tegenwerpen dat deze de schade niet heeft voorkomen door uitstel van betaling te vragen.' Het betoog van de Staat dat de geleden renteschade voor rekening van de benadeelde moest blijven nu deze de schade had kunnen voorkomen door uitstel van betaling te vragen, had alleen al daarom geen succes, omdat de Staat zelf de bedoelde schade evenzeer had kunnen voorkomen door ambtshalve uitstel van betaling te verlenen. Dit oordeel is herhaald in het arrest *Staat/NCB*.[37]

In de zaak *Groskamp/Staat* was aan de belastingplichtige wél uitstel van betaling verleend, maar in weerwil daarvan had deze een betaling verricht die hij nadien wegens vermindering van de betrokken aanslag terug ontving.[38] Vervolgens vorderde hij als schade het renteverlies dat hij had geleden door het gemis van het ten onrechte geheven bedrag. Het verweer van de Staat dat de belastingplichtige door de betaling het causale verband tussen de onrechtmatige daad en de schade had verbroken, dan wel dat hem wegens gebrek aan schadebeperkende maatregelen eigen schuld kon worden verweten, werd door de Hoge Raad verworpen. Destijds was de uitstelrente gelijk aan de wettelijke rente en aanmerkelijk hoger dan de creditmarktrente. Van de belastingplichtige kon niet worden verwacht dat hij zich ten behoeve van de Staat aan het gevaar van een nadelig renteverschil blootstelde. Bovendien had de Staat door de betaling de beschikking over het betwiste bedrag en was de Staat dus in staat om het bedrag binnen zijn eigen mogelijkheden rendabel te maken en aldus zelf de door hem veroorzaakte schade te beperken.

De zaak *Staat/De Ridder* betrof een vordering tot schadevergoeding wegens een onterechte inbeslagname van een partij kabeljauw.[39] Anders dan de Staat aanvankelijk dacht, betrof het geen in strijd met het vangstverbod aangevoerde kabeljauw, maar uit Denemarken geïmporteerde kabeljauw. Beide partijen hadden het in hun macht om op korte termijn duidelijkheid te verkrijgen of te verschaffen over de herkomst van de in beslag genomen kabeljauw en daarmee over de vraag of deze al dan niet illegaal was aangevoerd. Nu de Staat had nagelaten op dit punt stappen te ondernemen kon hij zich niet ter afwending of beperking van

35 Naast de vier hierna te bespreken arresten ook Hoge Raad 21 december 1984, *Nederlandse Jurisprudentie* 1985/904 (*Gielen/Grathem I*).
36 Hoge Raad 9 mei 1986, *Nederlandse Jurisprudentie* 1987/252 (*Staat/Van Gelder*).
37 Hoge Raad 1 juli 1993, *Nederlandse Jurisprudentie* 1995/150 (*Staat/NCB*).
38 Hoge Raad 7 november 1997, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998/364 (*Groskamp/Staat*).
39 Hoge Raad 24 januari 1997, *Nederlandse Jurisprudentie* 1999/56 (*Staat/De Ridder*).

zijn aansprakelijkheid beroepen op het feit dat de wederpartij deze stappen evenmin had gezet: 'Onder deze – veronderstelde – omstandigheden bracht de zorgvuldigheid welke de Staat, als uitvoerder van een dwangmaatregel bestaande uit het leggen van beslag op waar waarvan de versheid haar waarde bepaalt en die bovendien bederfelijk is, jegens De Ridder betaamde, mee dat hij ter voorkoming of beperking van diens schade, zich onverwijld van die herkomst vergewiste. Niet nakoming van deze verplichting door de Staat – die, zoals in het onderhavige geval vaststaat, onrechtmatig heeft gehandeld door het leggen van het beslag – brengt mee dat hij zich tegenover De Ridder niet erop kan beroepen dat deze de schade had kunnen voorkomen of beperken door zelf tijdig de invoerdocumenten aan de AID te tonen.'

Ook de zaak *FDP/Leiden* kan als illustratie dienen.[40] Hier waren de rollen in zoverre omgedraaid dat de overheid niet als dader maar als benadeelde in rechte verscheen. Ten gevolge van lozingen van kalkagressief afvalwater door een fabriek werd gedurende langere tijd bij kleine beetjes schade toegebracht aan de openbare riolering in de Rijndijk te Leiden, met een steeds toenemende schade als gevolg. Na een jarenlange voortduring, en enkele inspecties, gesprekken en onderlinge afspraken later, vorderde de gemeente vergoeding van de schade. Als verweer voerde de fabriek aan, dat de gemeente als beleidsbepaler en vergunning verlenende instantie bij uitstek op haar eigen belangen moest letten en door haar weinig voortvarend optreden zelf aan de verdere aantasting van de riolering had bijgedragen. Dit beroep op de schadebeperkingsplicht van de gemeente vond geen gehoor. Dat de gemeente geen actievere houding aan de dag had gelegd, werd niet als een oorzaak aangemerkt die onverenigbaar was te achten met het gedrag dat redelijkerwijs van haar als benadeelde mocht worden verlangd. Primair rustte op de fabriek als schadeveroorzaker de plicht om te controleren of de door haar getroffen maatregelen tot het daarmee beoogde resultaat hadden geleid en om zo nodig aanvullende maatregelen te nemen.

Als beide partijen remmend kunnen ingrijpen, zal dus de dader dienen over te gaan tot het treffen van adequate maatregelen, zo volgt uit de hier besproken rechtspraak. Anders dan de schadebeperkingsplicht van de benadeelde, is de plicht van de dader om uitbreiding van schade zoveel mogelijk te voorkomen is, in rechte afdwingbaar.[41] Daarover meer in paragraaf 3.2.3.

3.2.2 Wettelijke grondslag

Een aanspraak op schadevoorkoming kan worden geëffectueerd via artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek. Hierin is bepaald dat hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, wordt veroordeeld, tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt. Artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek biedt derhalve de wettelijke grondslag van de schadevoorkomingsplicht.

Het rechterlijk bevel of verbod is gericht op de toekomst; het gelast gedaagde een daad te verrichten waarvan het nalaten in de toekomst in strijd zou komen met een rechtsplicht of roept een verbintenis in het leven om iets niet (meer) te doen. Voor het opleggen van een rechterlijk bevel of verbod is om te beginnen vereist dat de belanghebbende dreigt te worden aangetast in een belang dat het aansprakelijkheidsrecht beoogt te beschermen, voorts dat de eiser belang heeft bij het gevorderde bevel – dit volgt uit artikel 3:303 van het Burgerlijk Wetboek – en ten slotte

40 Hoge Raad 28 september 2001, *Nederlandse Jurisprudentie* 2001/650 (*FDP/Leiden*).

41 A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenbergh e.a. (red.), *Een nieuwe aanpak*, Den Haag: Sdu 2010, p. 7 e.v.

dat de inhoud van het rechterlijk bevel of verbod voldoende bepaaldheid heeft en in overeenstemming is met de op de gedaagde rustende verplichtingen. Niet nodig is dat er reeds onrechtmatig is gehandeld, laat staan dat er al schade moet zijn ontstaan. Het doel dat de rechter met het geven van een bevel of verbod beoogt, is het voorkomen dat dreigend onrecht in de toekomst zal plaatsvinden. De grondslag daarvoor is niet alleen aanwezig indien reeds onrechtmatig is gehandeld terwijl gezien de omstandigheden vrees voor herhaling aanwezig is, maar ook indien er, zonder voorafgaand onrecht, voldoende reden is om van een ernstige dreiging van een toekomstige onrechtmatige daad uit te gaan.[42]

3.2.3 Rechtskarakter

De schadevoorkomingsplicht is een uit het aansprakelijkheidsrecht voortvloeiende en rechtens afdwingbare rechtsplicht. Niet-nakoming van een rechtsplicht tot schadevoorkoming levert in beginsel een onrechtmatige daad op, met als gevolg dat er een verbintenis tot schadevergoeding ontstaat.

De schadevoorkomingsplicht is de rechtsplicht van de actor om schade te voorkomen alsook verdere schade te beperken. Deze op de actor rustende plicht verschilt principieel van de oneigenlijke verplichting van de benadeelde om de eigen schade te beperken. De eerstgenoemde heeft voorrang en is, anders dan de tweede, rechtens afdwingbaar op de voet van artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek.

De op de benadeelde rustende schadebeperkingsplicht bevindt zich op het terrein van het schadevergoedingsrecht waar de aandacht ten aanzien van de aangesproken dader gericht is op *vergoeding* van schade. In die situatie is het de benadeelde die maatregelen moet treffen om zijn schade indien mogelijk te beperken. Doet hij dat niet, dan krijgt hij zijn schade niet volledig vergoed. Het gaat dan dus niet om beperking of voorkoming van schade van een ander, maar om beperking van eigen schade. Dat brengt ook een verschil in prioriteit met zich. Het in acht nemen van onvoldoende zorg ten aanzien van eigen belang is van wezenlijk andere orde dan het betrachten van onvoldoende zorg ten aanzien van andermans belang. Ten aanzien van de eigen persoon en goederen is een ieder in het algemeen vrij te doen en te laten wat hij of zij wil. In beginsel kan niemand rechtens worden verplicht zichzelf voor schade te behoeden.[43] De veronachtzaming van eigen belangen is rechtens geoorloofd, tenzij daardoor tevens rechtsbelangen van anderen worden gekrenkt. Wie in eigen zaken niet handelt als *diligens pater familias* handelt geenszins onrechtmatig, wanneer daardoor niet mede het algemeen belang of een rechtsgoed van een ander wordt geschaad, dan wel inbreuk wordt gemaakt op een rechtmatig contractueel belang dat een derde bij het ongeschonden blijven van het geschade rechtsgoed had.

De schadebeperkingsplicht van de benadeelde is gerelateerd aan een wettelijke aanspraak op schadevergoeding. Daarbij sluit aan dat de benadeelde niet pas dan conform zijn schadebeperkingsplicht handelt als hij doet wat een voorzichtig mens die door toeval schade lijdt en geen aanspraak op schadevergoeding heeft, onverplicht in eigen belang zou doen. Bij de beoordeling van zijn handelen moet integendeel nadrukkelijk worden meegewogen dat hij juist door een schadeveroorzakende daad waarvoor een ander aansprakelijk (en veelal verzekerd) is, in

---

42 Hoge Raad 4 maart 1938, *Nederlandse Jurisprudentie* 1938/498 (*Avro/Buma*). Vergelijk ook Hoge Raad 18 augustus 1944, *Nederlandse Jurisprudentie* 1944/598: 'De bescherming die artikel 6:162 NBW geeft is niet uitgeput met de daarin met zoveel woorden gegeven aanspraak op schadevergoeding na begaan onrecht, maar strekt zich ook uit tot maatregelen van preventie voor het geval ernstig dreigt, dat onrecht staat te geschieden.'

43 T.M. Parl. Gesch. Boek 6, p. 350. Zie ook A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 17 en 75.

een situatie is gebracht die hem tot schadebeperking noopt. Wanneer zich de omstandigheid voordoet dat niet alleen de benadeelde, maar ook de dader de mogelijkheid heeft de schade te beperken, behoort laatstgenoemde die het onrecht initieerde, tot handelen over te gaan. De schadebeperkingsplicht van de benadeelde vindt in beginsel hier zijn grens.[44]

Van een op de benadeelde rustende *rechtsplicht* tot beperking van de eigen schade is derhalve geen sprake. In dit opzicht is de term schadebeperkings*plicht* dan ook misleidend. Gesproken kan worden van een gehoudenheid de eigen schade te beperken, maar deze gehoudenheid bestaat slechts in zoverre, dat de benadeelde de gevolgen van het nalaten van het nemen van maatregelen ter beperking van schade niet geheel op anderen kan afwentelen. Het deel van zijn schade dat hij door het treffen van adequate maatregelen had kunnen en moeten voorkomen, komt in beginsel geheel of gedeeltelijk voor eigen rekening. Dit is terug te voeren op het gegeven dat de rechtsgrond tot afwenteling van die schade op de dader nog slechts in verminderde mate aanwezig is en is in artikel 6:101 van het Burgerlijk Wetboek gecodificeerd.

Wordt met de term schade*beperkings*'plicht' beoogd tot uitdrukking te brengen dat de benadeelde er goed aan doet de eigen schade te beperken, wil hij een aanspraak op vergoeding van de volledige schade behouden, de op de dader of potentiële dader rustende schade*voorkomings*plicht behelst een werkelijke rechtsplicht. Gij zult een ander niet schaden! Is het kwaad desalniettemin geschied, dan moet de schadeveroorzaker de daaruit voortvloeiende schade zoveel mogelijk beperken. Dat hij daartoe verplicht is vloeit voort uit hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Op de voet van artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek is deze plicht dan ook rechtens afdwingbaar. De juistheid van deze stelling kan worden geïllustreerd aan de hand van de rechtspraak die in paragraaf 3.3 de revue passeert. Zoals daaruit blijkt, kan de op de actor rustende plicht om schade te voorkomen of zoveel mogelijk te beperken, zelf zo ver gaan dat deze een inbreuk op grondrechten rechtvaardigt.[45]

3.3 INHOUD VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT

3.3.1 Grenzen der schadevoorkomingsplicht

Beantwoording van de cruciale vraag wat in redelijkheid van actoren kan worden gevergd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de wetenschap zal de grenzen van de schadevoorkomingsplicht niet kunnen vinden zonder betrekking van de praktijk. Niettemin zijn er enkele algemene gezichtspunten te noemen. Zij komen in paragraaf 3.3.2 aan de orde. In paragraaf 3.3.3 passeren reeds bestaande toepassingen van de schadevoorkomingsplicht de revue. Enkele gevaltypen van de schadevoorkomingsplicht die reeds uitgekristalliseerd zijn en een vaste plaats in de rechtspraak hebben, krijgen daarbij bijzondere aandacht. Ofschoon deze gevaltypen geen raakvlakken hebben met de beleidsthema's van het ministerie van IenM, behandel ik ze hier toch, omdat deze jurisprudentie inzicht geeft in de werking en reikwijdte van de schadevoorkomingsplicht.

---

44 Zie Hoge Raad 21 december 1984, *Nederlandse Jurisprudentie* 1985/904 (*Gielen/Grathem I*); Hoge Raad 9 mei 1986, *Nederlandse Jurisprudentie* 1987/252 (*Staat/Van Gelder*); Hoge Raad 1 juli 1993, *Nederlandse Jurisprudentie* 1995/150 (*Staat/NCB*); Hoge Raad 7 november 1997, *Nederlandse Jurisprudentie* 1998/364 (*Groskamp/Staat*); Hoge Raad 24 januari 1997, *Nederlandse Jurisprudentie* 1999/56 (*Staat/De Ridder*); Hoge Raad 28 september 2001, *Nederlandse Jurisprudentie* 2001/650 (*FDP/Leiden*). Hierover nader A.L.M. Keirse, Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de schade (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 121 e.v.

45 Hoge Raad 18 juni 1993, *Nederlandse Jurisprudentie* 1994/347; Hoge Raad 12 december 2003, *Nederlandse Jurisprudentie* 2004/117.

3.3.2 Algemene gezichtspunten

Verschillende situaties vergen verschillende maten van voorzorg, zorg of nazorg. Een aantal algemene gezichtspunten kunnen dienst doen bij de beantwoording van de vraag welke maatregelen ter voorkoming van schade concreet kunnen worden gevergd. Om te beginnen kunnen de persoon van de actor, de aard van diens activiteit en de grondslag van diens verantwoordelijkheid bepalende factoren zijn bij de grensbepaling van de op hem rustende schadevoorkomingsplicht. Dit betekent ook dat de rechtsverhouding tussen de actor(en) en betrokkene(n) meeweegt. Zo kan bijvoorbeeld relevant zijn of deze rechtsverhouding door een overeenkomst wordt beheerst, aangezien in dat geval een contractuele zorgplicht in het geding kan zijn. Eventuele afhankelijkheid binnen de rechtsverhouding kan ook van belang zijn. Zo kan op de werkvloer of het schoolplein in beginsel meer zorg worden verwacht dan daarbuiten.

Ook de persoon van het risico-subject of de aard van het risico-object, de categorieën van betrokkenen, de omstandigheden waarin zij verkeren, de schadesoort alsmede de omvang daarvan die zich ter voorkoming of beperking aandient, kunnen bij de beoordeling een doorslaggevende rol spelen. Gezien de prioriteit die in ons recht aan bijvoorbeeld ernstige letselschade wordt toegekend in vergelijking tot zaakschade, zuivere vermogensschade of immateriële schade, zijn de aard en de ernst van de (dreigende) schade relevante factoren. Naarmate het rechtsgoed dat bedreigt wordt een hogere waarde heeft, kan de mate van vereiste zorg toenemen. Ook kan acht worden geslagen op de verzekeringsposities van betrokkenen.

Het soort risico en de afwendbaarheid van het risico zijn eveneens factoren die bij de grensbepaling van wezenlijk belang zijn. Een kosten en baten analyse alsook de verhouding tussen de dreiging en de zorgactie kunnen gewicht in de schaal leggen. De verschillende omstandigheden, in hun onderlinge samenhang bezien, zijn bepalend voor de grensbepaling.

3.3.3 Toepassingsgevallen

3.3.3.1 Gevaltypen

De schadevoorkomingsplicht kent een verscheidenheid aan toepassingsmogelijkheden. Hier volgt een bloemlezing uit de jurisprudentie. Zoals uit de paragrafen 3.3.3.2 en 3.3.3.3 blijkt worden met toepassing van het rechterlijk bevel tot nakoming van een rechtsplicht van delinquenten reeds vele jaren vergaande verplichtingen tot voorkoming van verdere schade afgedwongen. In de rechtspraak zijn ook andere voorbeelden van toepassingsgevallen te vinden. Om te beginnen valt te wijzen op de rectificatie als effectief middel van redres. Zoals in de Goereezaak is overwogen, dient de rectificatie in de eerste plaats ter beperking van verdere schade en pas in de tweede plaats als vergoeding voor reeds geleden schade.[46] In de klimaatzaak Urgenda versus de Staat is een beroep gedaan op de schadevoorkomingsplicht.[47] Zoals in hoofdstuk 6 aan de orde komt, kan een werkgever uit hoofde van de schadevoorkomingsplicht worden verplicht onderzoek te verrichten.[48] Daarnaast vertegenwoordigen ook *product recalls* bestaande verschijningsvormen van de schadevoorkomingsplicht. Voorts kan worden gedacht aan het via privaatrechtelijke weg afdwingen van een rookverbod op de werkvloer ter voorkoming van schade als gevolg van

46 Hoge Raad 2 februari 1990, *Nederlandse Jurisprudentie* 1991/291. Zie bijvoorbeeld ook Rechtbank Amsterdam 10 augustus 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AQ6574.

47 Rechtbank Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145.

48 Rechtbank Amsterdam 18 september 2013, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2013/184.

meeroken.[49] Denkbaar zijn ook geboden tot verwijdering van asbest uit een schoolgebouw of tot verbetering van de luchtkwaliteit op school.

3.3.3.2 Aidstest

Dat het privaatrecht, zoals hierboven is betoogd, voorziet in de algemeen geldende plicht om schade die een ander mogelijk oploopt, te voorkomen of te beperken en aldus elkaars belangen ter harte te nemen, blijkt bijvoorbeeld uit de zogenoemde tweede Aidstestzaak.[50] Een arts trekt een verstandskies bij een gedetineerde patiënt met een drugsverleden. De arts snijdt zich in zijn vingers. Zijn bloed komt in contact met het bloed van de patiënt. Aangezien de patiënt behoort tot de groep van personen met een verhoogd risico op een HIV-infectie, vreest de arts voor zijn gezondheid en vraagt hij de patiënt om een aidstest te ondergaan. De patiënt weigert. Om toch op korte termijn een aidstest bij de patiënt af te dwingen stapt de arts naar de voorzieningenrechter. Daar stelt hij dat het voor de patiënt om een relatief lichte ingreep gaat, terwijl daardoor voor hem een onevenredig veel zwaarder drukkende last en zorg kan worden bespaard. Zou een bloedonderzoek bij de patiënt achterwege blijven, dan zou de arts uit voorzorg medicatie moeten innemen ter voorkoming van AIDS. Dit laatste gaat gepaard met een groot risico op ernstige en schadelijke bijwerkingen. Het belang van de arts is duidelijk. Maar hier staat tegenover dat het gevorderde bloedonderzoek voor de patiënt een inbreuk vormt op zijn grondrechten op lichamelijke integriteit en op privacy. Niettemin wordt tot in hoogste instantie geoordeeld dat de inbreuk niet afdoet aan de plicht van de patiënt om de schade voor de arts te voorkomen door een aidstest te ondergaan.

Grondrechten verdienen weliswaar erkenning, maar worden begrensd door bij of krachtens de wet te stellen beperkingen. Een dergelijke beperking kan ook uit de inhoud van een overeenkomst voortvloeien. In casu hebben de arts en de patiënt een medische behandelingsovereenkomst gesloten. Zij dienen daarom een zekere mate van zorgvuldigheid jegens elkaar in acht te nemen. En dit in sterkere mate dan jegens willekeurige derden, althans voor zover het gaat om omstandigheden die met de overeenkomst in verband staan. Uit hun contractuele verhouding vloeit voort dat van de patiënt kan worden verlangd om, ook na beëindiging van de behandelingsovereenkomst, het nodige te doen om eventuele schade die de arts tijdens de behandeling oploopt, te voorkomen. En dat geldt zelfs hier waar het bloed-op-bloed contact geenszins te wijten is aan de patiënt, maar het gevolg is van een fout van de arts.

Het arrest biedt, in mijn ogen, een toepassing van de plicht om schade die een ander mogelijk oploopt, te voorkomen. De constatering dat niet de patiënt, maar de arts de schadeveroorzakende fout had begaan, leidt mij tot de conclusie dat de Hoge Raad een zelfstandige voor- en nazorgplicht erkent. Of anders gezegd: uit het contract als zodanig vloeit voor partijen de verplichting voort om mogelijke schade van de wederpartij te voorkomen. Het gaat hier om een rechtens afdwingbare schadevoorkomingsplicht, waarvoor zich artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek als grondslag aandient, die zelfs zo ver kan gaan dat deze een inbreuk op grondrechten rechtvaardigt.

Illustratief is ook de beruchte eerste Aidstest zaak, ook bekend als de zaak van de Rembrandtpark-verkrachter. [51] In het Rembrandtpark in Amsterdam wordt een vrouw verkracht. De dader wordt gearresteerd en veroordeeld. De vrouw komt te weten dat de dader ook anderen

---

49 Vergelijk Rechtbank Groningen 15 mei 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BA5126 (*Meins/Holland Casino*), waar een dergelijke vordering mijns inziens ten onrechte werd afgewezen.

50 Hoge Raad 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, *Nederlandse Jurisprudentie* 2004/117.

51 Hoge Raad 18 juni 1993, *Nederlandse Jurisprudentie* 1994/347.

seksueel heeft misbruikt en vreest voor een besmetting met het HIV-virus. Ze laat haar bloed onderzoeken, maar krijgt te horen dat ze zes maanden later nog eens moet worden getest voor een betrouwbaar resultaat. Dit ervaart ze als zeer belastend en daarom vordert zij in kort geding dat de dader verplicht wordt om zijn bloed op aanwezigheid van het HIV-virus te laten testen zodat direct meer duidelijkheid kan worden verkregen. De eis van de vrouw wordt toegewezen. Het bloedonderzoek wordt tegen de wil van de man bevolen en vindt ook plaats. Maar dan volgt in het verdere verloop van de rechtszaak alsook in de literatuur een heftige discussie. De aidstest betekent een inbreuk op het grondrecht van de dader op lichamelijke integriteit. Is deze inbreuk gerechtvaardigd?

De feitenrechters verschillen van mening,[52] maar het eindoordeel luidt bevestigend. De Hoge Raad overweegt dat de vrouw, nu zij slachtoffer is geworden van het ernstige, opzettelijk gepleegde delict van verkrachting, er recht op heeft dat de gevolgen daarvan door de dader zoveel mogelijk worden beperkt dan wel door een passende vorm van schadevergoeding zoveel mogelijk worden goedgemaakt. [53] De angst en voortdurende onzekerheid over een eventuele aidsbesmetting zijn onderdeel van het psychisch letsel dat de dader de vrouw heeft toegebracht. De Hoge Raad overweegt dat de vrouw een zwaarwegend belang heeft bij een zo snel mogelijke beëindiging van deze onzekerheid, waarvan de aard meebrengt dat zij diep in haar persoonlijk leven ingrijpt. De angst en onzekerheid van de vrouw waren feitelijk al onherstelbaar toegebracht, maar konden nog wel in tijd worden beperkt. Zowel het slachtoffer als de dader waren in staat om een einde te maken aan de onzekerheid; beiden konden zich namelijk aan een bloedonderzoek onderwerpen. Door de dader te verplichten mee te werken, werd de vrouw deze zware emotionele belasting bespaard en werd aldus extra psychische schade voorkomen. Het niet beëindigen door de dader van de bij de vrouw levende onzekerheid en angst omtrent aidsbesmetting zou in strijd zijn met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Gezien de omstandigheden kon van de dader in redelijkheid worden gevergd dat hij maatregelen trof ter voorkoming van verdere schade en ter beperking van de reeds ontstane schade.

In deze zaak werd dus niet, zoals door sommigen is gedacht,[54] de schade in natura *vergoed*; de schade werd in omvang *beperkt*. En wel door toepassing van een op de dader rustende en rechtens afdwingbare "schadebeperkingsplicht",[55] die door mij vanwege het onderscheidend vermogen schadevoorkomingsplicht wordt genoemd. Deze op de dader rustende plicht om de door hem toegebrachte schade zoveel mogelijk te beperken of zelfs te voorkomen kan zo ver gaan dat deze een inbreuk op grondrechten rechtvaardigt. De schadevoorkomingsplicht van de dader verschilt daarmee principieel van de oneigenlijke verplichting van de benadeelde om de eigen schade te beperken. Niet alleen heeft de eerstgenoemde plicht voorrang, maar ook is deze, anders dan de tweede, afdwingbaar op de voet van artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek.

Niet-nakoming van de gehoudenheid mee te werken aan een bloedonderzoek ter voorkoming van verdere schade zou een onrechtmatige daad jegens de benadeelde hebben opgeleverd. Jaren later velde de Groningse rechtbank een vergelijkbaar oordeel.[56] Het betreft een student die zich bij arrestatie met een hamer op het hoofd sloeg. De agenten die met het bloed uit de hoofdwond in aanraking kwamen, vrezen een mogelijke besmetting met aids, het HIV-virus, hepatitis of een andere overdraagbare ziekte. Zij vorderen in kort geding medewerking aan een bloedonderzoek

52 Rechtbank Amsterdam (pres.) 11 juli 1991, *Kort Geding* 1991/242; *NJCM-Bulletin* 1991, nr. 6, p. 564 m.n. Sas; Hof Amsterdam 5 maart 1992, *NJCM-Bulletin* 1992, nr. 6, p. 641 m.n. Verhey.

53 Hoge Raad 18 juni 1993, *Nederlandse Jurisprudentie* 1994/347.

54 Sas, annotatie onder Rechtbank Amsterdam (pres.) 11 juli 1991, *NJCM-Bulletin* 1991, nr. 6, p. 564; Goldschmidt *Nederlands Juristenblad* 1993, nr. 43, p. 1539; Steketee, *Ars Aequi* 1993, p. 2230.

55 Vergelijk ook Vranken, in zijn conclusie voor Hoge Raad 18 juni 1993, *Nederlandse Jurisprudentie* 1994/347 en Brunner in zijn annotatie onder dit arrest.

56 Rechtbank Groningen 11 juni 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BJ0722, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010, 2.

en mededeling van de resultaten daarvan; zij stellen dat de student daartoe uit 'hoofde van zijn schadebeperkingsplicht' gehouden is. Haast is geboden, nu tegen de aandoeningen in kwestie met de meeste zekerheid effectieve middelen kunnen worden ingezet wanneer dit gebeurt binnen maximaal 72 uur na besmetting.

Het bloed van de gearresteerde is reeds in het kader van zijn eigen behandeling overeenkomstig het toepasselijke protocol onderzocht. In geding is dus slechts of de resultaten ook aan de agenten verteld mogen worden. De gearresteerde student blijkt in deze wilsonbekwaam; door toedoen van een psychiatrische stoornis is hij volstrekt onbereikbaar. In rechte krijgt het belang van de agenten bij het verkrijgen van zekerheid over een mogelijke besmetting en de daarmee samenhangende mogelijkheid tijdig beschermende maatregelen te treffen meer gewicht toegekend dan het belang van de student dat de resultaten van het onderzoek van het met een ander doel afgenomen bloed uitsluitend aan hemzelf vertrouwelijk worden meegedeeld. Onthouding van de verzochte informatie door de student betitelt de rechtbank als onrechtmatig: 'Hoezeer gedaagde op dinsdag ook heeft gehandeld door toedoen van een geestesstoornis en hoezeer ook het heden uitblijven van instemming met bloedonderzoek met het oog op het informeren van eisers voortvloeit uit dezelfde geestesstoornis, in beide gevallen is er sprake van een onrechtmatige daad van gedaagde, namelijk een inbreuk op rechten van eisers.'[57] Aldus kan iemand worden verplicht om een relatief lichte ingreep te ondergaan teneinde een onevenredig veel zwaarder drukkende zorg voor een ander af te wentelen.[58]

Een dergelijke afdwingbare verplichting schade bij een ander te voorkomen of in tijd te beperken lijkt op het eerste gezicht misschien zeldzaam, maar een bestudering van reeds lang ingeburgerde rechtsinstrumenten, zoals contactverboden, rectificaties en *product recalls*, leert anders. Daarover meer in de hiernavolgende paragrafen.

3.3.3.3 Vermijdingsverplichting

De zaak van de aanrander met de hond, die midden jaren tachtig diende en waarin voor het eerst in hoogste instantie uitspraak is gedaan over het verschijnsel van contactverbod, bevestigt het fenomeen van de schadevoorkomingsplicht. Met een smoes drong de aanrander het huis van zijn slachtoffer binnen waar hij vervolgens tweeënhalf uur verbleef, gedurende welke tijd hij zijn slachtoffer met een mes bedreigde en haar onder die bedreiging aanrandde. Op nagenoeg dezelfde wijze heeft de aanrander nog vijf andere slachtoffers gemaakt, met dien verstande dat hij daarbij zijn bedreigingen niet alleen met een mes maar ook met zijn hond uitvoerde. De zaak kwam in de publiciteit toen de aanrander door de officier van justitie wegens een vermeend gebrek aan celruimte op vrije voeten werd gesteld en hij weer zijn hond ging uitlaten in hetzelfde park waar ook eerstgenoemd slachtoffer haar hond placht uit te laten. In kort geding vordert zij naast immateriële schadevergoeding een straat- en parkverbod.

---

57 Rechtbank Groningen 11 juni 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BJ0722, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010, 2.

58 Zie ook Rechtbank Haarlem 8 oktober 1993 en Hof Amsterdam 28 juli 1994, ECLI:NL:GHAMS:1994:AH4707; Rechtbank Amsterdam 22 november 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AH8053; Hoge Raad 12 december 2003, *Nederlandse Jurisprudentie* 2004/117; Rechtbank Leeuwarden 25 augustus 2005, ECLI:NL:RBLEE:2005:AU1493; Rechtbank Maastricht 23 september 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AU3197; Rechtbank Groningen 26 januari 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:AZ7313. Vergelijk Hof Amsterdam 20 februari 1997, ECLI:NL:GHAMS:1997:AH7126, r.o. 4.12. Na inwerkingtreding van de Wet van 12 november 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering inzake de regeling van onderzoek naar de mogelijkheid van overbrenging van ernstige besmettelijke ziekte bij gelegenheid van een strafbaar feit (verplichte medewerking aan een bloedtest in strafzaken), *Sth.* 2009, 475 en het Besluit van 8 maart 2010 houdende regels over het strafvorderlijk onderzoek naar besmetting met een ernstige besmettelijke ziekte en fylogenetisch onderzoek (Besluit bloedtest in strafzaken in geval van een ernstige besmettelijke ziekte), *Sth.* 2010, 115, zal deze privaatrechtelijke weg veelal niet meer nodig zijn.

De president wijst haar vorderingen toe.[59] Echter, in hoger beroep overweegt het hof dat voor het opleggen van een dergelijke beperking van het grondrecht van bewegingsvrijheid een reële dreiging van toekomstig onrechtmatig handelen aannemelijk moet zijn, waarbij in de eerste plaats te denken is aan de mogelijkheid van herhaling van de aanranding of van een soortgelijk feit en dat ter kering van deze dreiging het gevorderde verbod nodig is.[60] Nu niet voldoende aannemelijk is geworden dat de dader zich juist ten opzichte van eiseres opnieuw schuldig zal maken aan een misdrijf, ziet het hof geen aanleiding voor het opleggen van een straatverbod. Weliswaar zou de dader in de ogen van het hof ook dan onrechtmatig handelen indien hij de gevoelens van zijn slachtoffer niet zou willen ontzien door zich welbewust zo te gedragen dat de nog steeds aanwezige traumatische gevolgen van het gebeuren voor zijn slachtoffer scherper of langduriger worden – door er bijvoorbeeld op uit te zijn de vrouw te ontmoeten en aan een confrontatie met hem bloot te stellen. Maar in casu doet zich een dergelijke situatie niet voor. Van het recht op bewegingsvrijheid wordt volgens het hof slechts dan onrechtmatig gebruik gemaakt, indien actief getracht wordt anderen in overeenkomstige rechten te frustreren. Consequentie van deze (beperkte) opvatting is dat de dader die dagelijks zijn hond uitlaat in hetzelfde park waar ook eiseres haar hond pleegt uit te laten, jegens haar niet onrechtmatig handelt, vermits hij daar niet komt met het doel haar te ontmoeten.

De Hoge Raad op zijn beurt vernietigt het arrest; 's hofs oordeel dat erop neerkomt dat in een situatie als deze enig vermijdingsgedrag niet kan worden gevergd, kan niet als juist worden aanvaard.[61] Gelet op de geestelijke toestand van het slachtoffer, haar angsten en het feit dat zij niet opgewassen is tegen een mogelijke ontmoeting met de dader, mag van de dader worden gevergd dat hij zich actief moeite geeft om uit de buurt van het slachtoffer te blijven. De vraag wat dit uit de buurt blijven inhoudt en of het van de dader in redelijkheid te vergen vermijdingsgedrag een straat- en parkverbod rechtvaardigt, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval en met inachtneming van de betrokken belangen, aldus de Hoge Raad, waarop hij de zaak naar een ander hof verwijst.

Tijd verstrijkt – vermoedelijk in verband met het feit dat het slachtoffer inmiddels (noodgedwongen) is verhuisd en de dader in de gevangenis wordt geplaatst om zijn straf uit te zitten – voordat twee jaren later in kracht van gewijsde gaat dat het van deze dader te vergen vermijdingsgedrag gezien de concrete omstandigheden van het geval het gevorderde straat- en parkverbod rechtvaardigt.[62]

Hoewel aanvankelijk enige onwennigheid viel te ontwaren in de reacties op het arrest van de Hoge Raad in deze zaak, heeft het zijn uitwerking niet gemist. De op de dader rustende vermijdingsverplichting is door de feitenrechters ter hand genomen en geconcretiseerd.

Binnen een jaar na de introductie van de vermijdingsplicht wordt een student die veroordeeld is wegens verkrachting en zware mishandeling van een van zijn medestudenten, na het uitzitten van zijn gevangenisstraf in rechte verboden het instituut waar hij en zijn slachtoffers studeerden te betreden of daar in de buurt te komen.[63] Overwogen wordt dat de traumatische ervaringen die het slachtoffer door toedoen van de student heeft moeten doorstaan rechtvaardigen dat hij zich moeite getroost haar uit de weg te gaan. Daar het slachtoffer de ervaringen nog niet heeft verwerkt en behoefte heeft aan rust en zekerheid en opdat zij, ook na afloop van de onvoorwaardelijke gevangenisstraf van de dader, zoveel mogelijk zekerheid krijgt en behoudt dat zij nog gedurende geruime tijd niet meer met hem wordt geconfronteerd, is een contactverbod geboden.

59 Rechtbank Amsterdam (pres.) 12 juli 1984, *Kort Geding* 1984/211.
60 Hof Amsterdam 25 oktober 1984, te kennen uit Hoge Raad 24 mei 1985, *Nederlandse Jurisprudentie* 1987/1.
61 Hoge Raad 24 mei 1985, *Nederlandse Jurisprudentie* 1987/1.
62 Hof Den Haag 22 mei 1987.
63 Hof Amsterdam 15 mei 1986, rolnummer 169/86 SKG, *Rechtspraak vrouwen en recht*, nr. 227.

In dezelfde periode blijkt dat de schadevoorkomingsplicht van de zedendelinquent ook kan meebrengen dat hij zijn woning moet verlaten.[64] Een meisje van tien jaar is seksueel misbruikt door een man die als haar oppas fungeerde en in dezelfde straat drie huizen van haar woonachtig is. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter rust op de man de verplichting het meisje te vermijden. Na afweging van de betrokken belangen, oordeelt de president dat dit vermijdingsgedrag impliceert dat het gevorderde straatverbod, gekoppeld aan het verbod de eigen woning te bewonen, moet worden toegewezen. In hoger beroep beantwoordt ook het hof de vraag of de verplichting van de dader tot het vermijden van zijn slachtoffer een plicht tot verhuizing meebrengt bevestigend.[65]

Een straat- en woonverbod wordt een jaar later eveneens opgelegd aan een man die verdacht wordt van verkrachting en naast het minderjarige slachtoffer (M) woont:

> 'Gegeven deze situatie en zolang deze voortduurt, dient gedaagde zich conform de regels van maatschappelijk betamende zorgvuldigheid, welke hij in acht heeft te nemen jegens eisers en hun gezin (met name ook M), te onthouden van gedragingen welke de reële mogelijkheid van een confrontatie met M in zich houden. Op gedaagde rust derhalve de verplichting M te vermijden. Dit houdt ook in dat hij (en dus niet zijn gezin) de thans door hem bewoonde woning zo spoedig mogelijk verlaat en daarin voorlopig – zolang er nog rekening mee moet worden gehouden dat hij het hem in de strafzaak ten laste gelegde feit wel heeft gepleegd – niet meer terugkeert.'[66]

Een straat-, contact- en vestigingsverbod wordt ook toegewezen tegen een man die is veroordeeld wegens seksueel misbruik van kinderen, en wiens plaatsing in een jongerenhuis door het bereiken van de eenentwintig jarige leeftijd van rechtswege eindigt.[67] Beslist wordt dat de dader zijn ouders, bij wie hij voornemens is weer te gaan wonen, drie keer per jaar mag bezoeken, zij het onder strikte voorwaarden wat betreft de begeleiding.

Een zwakbegaafde minderjarige jongen wordt voor een periode van een jaar verboden zich in en om zijn ouderlijk huis op te houden, met uitzondering van vakanties, feest- en andere bijzondere dagen.[68] De jongen heeft zijn vierjarig buurmeisje eenmaal onzedelijk betast. In rechte wordt overwogen dat het gedrag van de jongen in de sfeer van prepuberaal seksueel ontdekkingsgedrag moet worden gezien en wordt gegronde vrees voor herhaling niet zonder meer aannemelijk geacht. Desalniettemin wordt een tijdelijke verhuisplicht opgelegd:

> 'Het is veeleer een feit van algemene bekendheid dat een slachtoffer als E er in het kader van haar verwerkingsproces hoe dan ook mee gebaat is dat zij geruime tijd verschoond blijft van de (voortdurende) aanwezigheid van haar toenmalige belager P in haar woonomgeving. P dient dan ook op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheid enige tijd 'uit beeld' van E te blijven. Het belang van E weegt in deze zwaarder dan het belang van P om zijn ouderlijk huis niet te behoeven te verlaten.'

---

64 Rechtbank Amsterdam (pres.) 12 juni 1986, *Kort Geding* 1986/285. Zie ook Rechtbank Breda 7 juni 2005, ECLI:NL:RBBRE:2005:AU1720; Rechtbank Utrecht 16 september 2008, *WR. Tijdschrift voor huurrecht* 2008, 109.

65 Hof Amsterdam 16 oktober 1986, *Nederlandse Jurisprudentie* 1987/751.

66 Rechtbank Zwolle (pres.) 11 december 1987, *Kort Geding* 1988/27.

67 Rechtbank Arnhem (pres.) 3 februari 1998, *Kort Geding* 1998/72.

68 Rechtbank Zutphen (pres.) 22 januari 1999, *Kort Geding* 1999/137. Deze uitspraak sluit uit dat, zoals door sommigen in het verleden wel is aangenomen, de schadevergoeding in natura als grondslag (artikel 6:103 van het Burgerlijk Wetboek) voor een dergelijk rechterlijk verbod of bevel moet worden aangemerkt. Immers, nu het hier een dertienjarige dader betreft rust er geen vergoedingslicht op de dader (6:164 van het Burgerlijk Wetboek); aan een rechterlijk verbod of bevel tot nakoming van een rechtsplicht (3:296 van het Burgerlijk Wetboek), in casu de schadevoorkomingsplicht, staat jeugdige leeftijd niet in de weg.

Na rijp beraad wordt ook een verhuisplicht opgelegd aan een man die na het uitzitten van zijn gevangenisstraf terugkeert naar zijn woning op 400 meter afstand van waar het jongetje dat hij seksueel misbruikt heeft, woont.[69] Aangezien de man in rechte aangeeft een verhuizing ook zelf wenselijk te vinden, wordt aanvankelijk slechts een beperkt straat- en contactverbod opgelegd:

> 'Onweersproken staat vast dat [betrokkene] nog steeds ernstige psychische schade ondervindt van het seksuele misbruik en dat de voortgang van zijn genezingsproces mede afhankelijk is van het niet meer geconfronteerd worden met [gedaagde]. Daarmee staat vast dat de rechten van [gedaagde] en [betrokkene] conflicteren. Daarbij behoort het belang van [betrokkene] te prevaleren. Het is [gedaagde] door wiens gedrag [betrokkene] geconfronteerd wordt met zijn huidige problemen. Tussen partijen staat niet in discussie dat [gedaagde] voornemens is te verhuizen naar een andere woning zodat hij door het betreffende straat en contactverbod minder zwaar getroffen wordt. Nu [gedaagde] zich bovendien niet verzet tegen een straat- en contactverbod, zal de voorzieningenrechter deze vorderingen toewijzen. Het gebied waarvoor het verbod geldt zal echter zodanig worden beperkt dat [gedaagde] nog wel zijn huidige woning kan bereiken.' [70]

Wat betreft het gevorderde woonverbod wordt de zaak aangehouden:

> 'Het seksueel misbruik is een onrechtmatige daad door [gedaagde] jegens [betrokkene] en voldoende aannemelijk is dat [betrokkene] daardoor aanzienlijke psychische schade lijdt. Ook is voldoende aannemelijk dat aan [betrokkene] en zijn ouders opnieuw psychisch leed wordt toegevoegd indien [gedaagde] in zijn huidige woning, gelegen op korte afstand van de woning waarin [betrokkene] en zijn moeder wonen, gaat wonen. De vraag die in dit kort geding voorligt is daarbij niet of het wenselijk is dat [gedaagde] zal verhuizen maar of aannemelijk is dat daartoe voor [gedaagde] een rechtsplicht bestaat. (…)
>
> De voorzieningenrechter is van oordeel dat de omstandigheid dat [gedaagde] is teruggekeerd in zijn huidige woning op zichzelf genomen niet onrechtmatig is. Dit is echter anders indien [gedaagde] op korte afstand van de woning waarin [betrokkene] woont en blijft wonen, terwijl hij weet dat daardoor aan [betrokkene] psychisch leed wordt toegevoegd doordat zijn herstel onmogelijk c.q. vertraagd wordt. [gedaagde] heeft ter zitting verklaard dat ook hij het wenselijk vindt om te verhuizen. Hij tracht momenteel met behulp van de wijkagent en de woningbouwvereniging andere woonruimte te vinden.
>
> De voorzieningenrechter zal de verdere behandeling voor de duur van twee maanden aanhouden. In deze periode dient [gedaagde] al het mogelijke in het werk te stellen om andere woonruimte te vinden.'

Daarbij geeft de voorzieningenrechter de man nog mee dat hij gezien de ontstane situatie niet kieskeurig behoort te zijn in zijn keuze van vervangende woonruimte. Ook als die vervangende woonruimte niet voldoet aan alle normaal gesproken gewenste vereisten zal hij daarmee thans genoegen dienen te nemen. Als evenwel na twee maanden nauwelijks vorderingen te melden zijn wordt het gevorderde woonverbod alsnog toegewezen:

> 'Met [eisers] is de voorzieningenrechter van oordeel dat [gedaagde] kennelijk de ernst van de situatie niet in ziet en dat hij onvoldoende probeert de schade voor [betrokkene] en [zijn ouders] te beperken.'[71]

---

69 Rechtbank Zwolle-Lelystad 4 september 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BH2398; Rechtbank Zwolle-Lelystad 5 november 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BI2391.

70 Rechtbank Zwolle-Lelystad 4 september 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BH2398.

71 Rechtbank Zwolle-Lelystad 5 november 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BI2391.

Een dergelijke vermijdingsverplichting kan ook (nog) een tijd na het misbruik spelen. Aldus wordt bijvoorbeeld geoordeeld ten behoeve van een meisje dat eerst op twaalfjarige leeftijd, vijf jaren na het misbruik, over de seksuele handelingen, verricht door een buurtbewoner, durft te praten. Er is sprake van een ernstig psychotrauma met een verlate beleving; de diagnose luidt PTSS en psychisch klachten blijven jaren aan. Voor de verwerking van het misbruik heeft het meisje er – ook inmiddels negen jaren later – belang bij dat zij niet wordt geconfronteerd met de dader:

> 'Van hem mag verwacht worden dat hij zich inspanningen, zo nodig offers, getroost om de schade die daardoor is veroorzaakt zoveel mogelijk te beperken. In dat kader kan een inbreuk op grondrechten van [geïntimeerde 1] (en zelfs van zijn gezinsleden) gerechtvaardigd zijn.'

Het Arnhemse hof, waarvoor de zaak dient, verwijst naar het bepaalde in artikel 39 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, dat op de lidstaten de verplichting legt om alle passende maatregelen te treffen ter bevordering van het lichamelijk en geestelijk herstel en de herintegratie in de maatschappij van een kind dat het slachtoffer is geworden van seksueel misbruik. Deze bepaling rechtvaardigt in beginsel ook de toewijzing van een zo verstrekkende vordering als een verhuisgebod - in beginsel, omdat een afweging dient plaats te vinden tussen de belangen van het minderjarige slachtoffer en die van de dader van seksueel misbruik. Bij deze belangenafweging spelen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit een centrale rol:

> 'De vordering betreffende het verhuisgebod is, in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen, alleen toewijsbaar indien met een redelijke mate van zekerheid verwacht mag worden dat de bodemrechter zal oordelen dat de belangen die [naam minderjarige] bij toewijzing van de vordering heeft de inbreuken op de grondrechten van [geïntimeerde 1] (en zijn gezinsleden) rechtvaardigen. Daartoe is in elk geval vereist dat met een voldoende mate van zekerheid verwacht mag worden dat een verhuizing van [geïntimeerde 1], ook in vergelijking met een minder vergaande maatregel als een straat- of een gebiedsverbod, een substantiële bijdrage levert aan herstel van de (lichamelijke en geestelijke) gezondheid van [naam minderjarige].'

Dit laatste is naar het voorlopig oordeel van het hof onvoldoende vast komen te staan, reden waarom met een contact-, gebieds- en straatverbod wordt volstaan. Overigens wordt in deze zaak expliciet erkend dat op de dader onder omstandigheden ook de verplichting rust dierbaren van zijn slachtoffer te mijden:

> 'Dat [geïntimeerde 1] met het misbruik van [naam minderjarige] niet onrechtmatig jegens [appellanten] gehandeld heeft, sluit niet uit dat hij later onrechtmatig jegens hen gehandeld heeft. Naar het oordeel van het hof brengt de zorgvuldigheid met zich dat de dader van seksueel misbruik van een minderjarige zich onthoudt van het zoeken van toenadering tot, en zeker van confrontaties met de ouders van het slachtoffer. Van de dader mag tevens verwacht worden dat hij de leefomgeving van de ouders zoveel mogelijk mijdt, teneinde ongewenste ontmoetingen te voorkomen. In zoverre hebben [appellanten] een eigen belang bij de door hen ingestelde vorderingen.'

Contactverboden hebben zich aldus gesetteld in ons recht. Een benadeelde kan indien de persoonlijke levenssfeer wordt aangetast of dreigt te worden aangetast op basis van artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek in kort geding een contactverbod vorderen. Voor toewijzing dient een reële dreiging van toekomstig onrechtmatig handelen aannemelijk te worden gemaakt. Het

talrijkst zijn de verbodsacties die gevorderd worden tegen lastige ex-partners in geval van verstoorde of afgebroken affectieve relaties. Maar ook worden regelmatig contactverboden opgelegd aan hen die zich schuldig hebben gemaakt aan mishandeling, aanranding of verkrachting dan wel bedreiging daarmee zonder dat er sprake is (geweest) van een relatie tussen het slachtoffer en de dader. Terwijl bij de relationele contactverboden de reële dreiging vaak direct uit de (ex-)relationele spanningsvolle sfeer kan worden afgeleid, kan bij gevorderde contactverboden tegen daders van (seksuele) gewelddelicten meestal niet aannemelijk worden geacht dat de dader zich juist ten opzichte van de eiser(es) aan herhaling van de gepleegde onrechtmatige handeling schuldig zal maken. Grond voor toepassing van de schadevoorkomingsplicht zal in een dergelijk geval dan ook gelegen moeten zijn in een andere feitelijke constellatie dan vrees voor herhaling.

Angst is in de regel onderdeel van het psychisch letsel dat het slachtoffer van een seksueel gewelddelict is toegebracht, angst voor een hernieuwde confrontatie, waarbij angst voor herhaling van het strafbare feit slechts één van de elementen is. Die angst is in de regel dusdanig aan het gedrag van de dader toe te rekenen dat van hem in redelijkheid kan worden gevergd dat hij zich moeite getroost de angst (in tijd) te beperken. Hij zal het slachtoffer in het vervolg uit de weg moeten gaan. Het feit dat het slachtoffer met een vordering weer het recht in eigen hand kan nemen, de met toewijzing van het contactverbod gepaard gaande erkenning en de zekerheid dat ze de schender van het recht niet meer tegenkomt, zijn factoren die het psychisch herstelproces kunnen versnellen en daarmee de duur en omvang van de schade kunnen beperken. De verplichting tot het vermijden van het slachtoffer kan verstrekkende gevolgen hebben, met name in situaties waarin partijen bij elkaar in de buurt wonen of elkaar op andere wijze gemakkelijk tijdens dagelijkse bezigheden kunnen treffen.

Schending van de vermijdingsverplichting is onrechtmatig. In strijd met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid is niet alleen het opzettelijk contact zoeken, maar ook de onopzettelijke doch voorzienbare confrontaties zijn dat. In geval gevreesd wordt dat de dader zijn slachtoffer niet zal ontwijken, kan ter kering van de reële dreiging van onrechtmatig handelen een contactverbod, als rechterlijk bevel tot nakoming van een rechtsplicht, worden opgelegd. Als partijen bij elkaar in de buurt wonen of in hetzelfde gebouw studeren en het aldus voor de dader praktisch bijna onmogelijk is om een confrontatie met het slachtoffer uit de weg te gaan is gefundeerde vrees voor confrontatie gegeven en ligt een woon- of studeerverbod binnen de mogelijkheden. Immers indien de dader niet wijkt, zal het slachtoffer dat moeten doen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer. En dat laatste is geen redelijk gevolg. Bij een wederzijdse mogelijkheid tot schadebeperking is het de dader die daartoe dient over te gaan. De dader is degene die de situatie over zichzelf en het slachtoffer heeft afgeroepen. Het slachtoffer was alleen op het verkeerde moment op de verkeerde plaats.

3.4 DRAAGWIJDTE VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT

De draagwijdte van de schadevoorkomingsplicht laat zich vertalen in het effect dat deze rechtsfiguur heeft op verantwoordelijkheid en zorg voor veiligheid. Om te beginnen betrekt de leer van de schadevoorkomingsplicht de private, opererende actoren bij de verantwoordelijkheid voor veiligheid. Het zijn vaak de actoren zelf die het best kunnen inschatten welke gedragslijn kan en zou moeten worden gevolgd. De juiste rollen en de verantwoordelijkheden voor veiligheid worden eerder opgepakt door diegenen die in een vroeg stadium betrokken worden en hun verantwoordelijkheden kennen.

Terwijl het uit het aansprakelijkheidsrecht voortvloeiende schadevergoedingsrecht reactief is, is de uit het zelfde recht voortvloeiende schadevoorkomingsplicht prospectief. Met het

schadevergoedingsrecht in de hand zet het aansprakelijkheidsrecht *ex post* in op het (her)verdelen van reeds geleden schade, met de schadevoorkomingsplicht is het daarentegen (ook) gericht op het *ex ante* sturen van gedrag met het oog op potentiële dreigingen. Door de inzet van de schadevoorkomingsplicht wordt dus niet zozeer maatschappelijk ongewenst gedrag uit het verleden gesanctioneerd, maar wordt met name voor de toekomst gewenst gedrag gefaciliteerd.

Men moet niet koste wat kost alle risico's op schade willen proberen uit te bannen. Dat zou onder meer het maatschappelijke verkeer verlammen. De kunst is om te komen tot een optimaal evenwicht. Er moet een goede balans worden gevonden tussen het voorkomen van belangenaantasting, het helpen van slachtoffers om aan hun belangen tegemoet te komen door compensatie, en de daarmee gemoeide lasten. Het is aan de praktijk om deze balans te vinden. Daartoe moeten nieuwe claims worden ingesteld; geen schadevergoedingsclaims, maar schadevoorkomingsclaims.

3.5 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

➢ *Rechtsgrond, grondslag en rechtskarakter van de schadevoorkomingsplicht*

De reden dat het recht van actoren vergt dat schade wordt voorkomen is dat het recht erop toe wilt zien dat eerbaar wordt geleefd, dat men elkander voor schade behoudt alsook dat ieder elkaar het zijne gunt. De schadevoorkomingsplicht vindt aldus zijn rechtsgrond in de universele grondbeginselen van het (aansprakelijkheids)recht. De wettelijke grondslag van de schadevoorkomingsplicht is gelegen in artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek. Degene die verplicht is iets te geven, doen of na te laten kan daartoe door de rechter worden veroordeeld. Daarmee is ook het rechtskarakter van de schadevoorkomingsplicht geduid, dit is een uit het aansprakelijkheidsrecht voortvloeiende, rechtens afdwingbare rechtsplicht.

➢ *De casuïstiek kleurt in*

De schadevoorkomingsplicht speelt in verschillende situaties en bij tal voor soorten dreigingen van schade een rol. Het komt voor dat de actor op een mogelijke schade en onvoorzichtigheid van anderen moet anticiperen. Meer dan eens moet ook juist in actie worden gekomen in reactie op en dus posterieur aan een schadevoorval. Het is niet de wetenschap maar de praktijk die hier de precieze grenzen zal vinden. Daartoe moeten vooreerst schadevoorkomingsclaims worden ingesteld.

➢ *Beantwoording tweede onderzoeksvraag*

✓ *Kan een schadevoorkomingsplicht wettelijk worden verankerd via het privaatrecht of het bestaande Europese en nationale aansprakelijkheidsrecht?*

De schadevoorkomingsplicht ligt verankerd in ons recht, namelijk in de universele grondbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht. In de *European Principles of Tort Law* is deze plicht met zoveel woorden gecodificeerd in artikel 4:103: '*A duty to act positively to protect others from*

damage may exist if law so provides, or if the actor creates or controls a dangerous situation, or when there is a special relationship between parties or when the seriousness of the harm on the one side and the ease of avoiding the damage on the other side point towards such a duty.' In andere rechtstelsels, zoals het Nederlandse, ligt deze plicht in het systeem besloten, maar is er geen afzonderlijke, algemene wettelijke bepaling aan gewijd. Wel zijn er tal van specifieke schadevoorkomingsverplichtingen in de wet neergelegd. Artikel 7:658 BW kan hier als illustratie dienen: 'De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.'

De schadevoorkomingsplicht kan dus rechtens worden verankerd. Afhankelijk van de gegeven context kan de schadevoorkomingsplicht mede voortvloeien uit internationale of nationale wettelijke regels. Ook bij afwezigheid van een concrete wettelijke regeling zal de schadevoorkomingsplicht evenwel steeds gegrond kunnen worden op ongeschreven recht, te weten op de open privaatrechtelijke norm te handelen conform de maatschappelijke betamelijkheid zoals onder meer voortvloeit uit artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek.

4. INBEDDING VAN DE SCHADEVOORKOMINGSPLICHT

4.1 VOORDELEN, NADELEN EN RANDVOORWAARDEN

Met het aansprakelijkheidsrecht in de hand zijn we in theorie goed toegerust om ervoor te zorgen dat burgers hun maatschappelijke verantwoordelijkheid dragen. Het komt erop aan dit instrument in de praktijk adequaat in te zetten in het belang van een betere samenleving. Dit hoofdstuk staat in het teken van de inbedding van de schadevoorkomingsplicht. De voor- en nadelen van de schadevoorkomingsplicht worden in kaart gebracht en mede afgezet tegen de voor- en nadelen van *ex post*-schadevergoedingsclaims. Belicht wordt welke mogelijkheden reeds worden benut en welke kansen nog blijven liggen.

4.2 NOODZAAK TOT PERSPECTIEFWISSELING

4.2.1 Voorkomen is beter dan vergoeden

Het klinkt vanzelfsprekend dat schade *voorkomen* beter is dan schade *vergoeden*. Nochtans wordt bij de toepassing van het aansprakelijkheidsrecht met regelmaat lijdzaam afgewacht hoe een schade ontstaat en oploopt om vervolgens heil te zoeken in schadevergoeding. Beoefenaren van het aansprakelijkheidsrecht zijn gewend om achterom te kijken. Het ligt in het vakgebied van het privaatrecht besloten dat beoefenaren daarvan worden gevraagd zich uit te laten over gevallen die zich in het verleden hebben afgespeeld, als er reeds iets is misgegaan. Daarbij worden keer op keer dezelfde vragen voorgelegd: Wat is er precies gebeurd en wat mocht worden verwacht? Vervolgens richt de practicus zich op de rechten van de (rechts)persoon die door de gebeurtenis is te kort gedaan. Meer specifiek richt de beoefenaar van het aansprakelijkheidsrecht zich op het individuele schadevergoedingsrecht van de benadeelde als het kwaad reeds is geschied, en niet op de daaraan voorafgaande algemene plichten, gedragsnormen of ethos.

Vragen naar normen voor waterveiligheid bijvoorbeeld komen in de regel pas op het bord van de civiele rechter terecht als een schadevoorval, een gevaar zich heeft verwezenlijkt. Als er bijvoorbeeld een dijkverschuiving is geweest, zoals in Wilnis. Een tussenboezemkade langs de Ringvaart in Wilnis verschoof over een lengte van 60 meter zo'n 7 meter in de richting van de achterliggende woonwijk. Daardoor was 230.000 kubieke meter water in die woonwijk gestroomd, met miljoenen schade als gevolg. Het gebeurde in een zomernacht in 2003. Vervolgens is tot vorig jaar geprocedeerd over de vraag of de schade kon worden verhaald op het hoogheemraadschap als eigenaar en beheerder van deze veendijk. Het antwoord luidt uiteindelijk ontkennend. Achteraf terugkijkend wordt geoordeeld dat het waterschap destijds niet beneden de zorg van een goed beheerder is gebleven.[72] Het had niet bedacht hoeven zijn op het risico van verschuiving van de kade door ongewone, langdurige droogte, zoals zich dat toen heeft gematerialiseerd.

Een ander voorbeeld is de schade die in Dordrecht wordt geleden wegens paalrot door laagwaterstand onder meer als gevolg van lekkende rioleringen.[73] Hier stapelt schade zich op, en dan doel ik niet alleen op de schade van de eigenaren van de huizen op palen die rotten, maar ook op de maatschappelijke schade. Er is publieke onrust, dat veroorzaakt schade, er is gebrek

72 Hoge Raad 7 december 2010, *Nederlandse Jurisprudentie* 2012/155; Hof Den Haag 6 mei 2014, *Rechtspraak Bestuursrecht* 2014/229, ECLI:NL:GHDHA:2014:1539.

73 Zie o.a. Hoge Raad 30 november 2012, *Nederlandse Jurisprudentie* 2012/689.

aan vertrouwen, er is reputatieschade, schade door rechtsonzekerheid, meer concreet zijn er de kosten van de procedures die gevoerd worden.

Aan voorbeelden geen gebrek. Normen van verkeersveiligheid bijvoorbeeld, ook die blijven *ex ante* het domein van publiekrecht en duiken in de regel pas *ex post* in het privaatrecht op. Ter illustratie wijs ik op een spleet tussen het wegdek en een strook grasbetonklinkers op een smalle weg in Deventer. Een racefietser die uitwijkt naar rechts omdat hij wordt ingehaald door een vrachtwagen, komt met zijn voorwiel precies in die spleet, valt en wordt overreden. Wegen moeten worden onderhouden en spleten moeten worden opgevuld. Maar ook als de gemeente daarvoor de capaciteit noch de middelen heeft?[74]

En hoe zit het met het verwijderen van plakoksels ten behoeve van de verkeersveiligheid? Een plakoksel ontstaat wanneer takken bijna evenwijdig aan de boomstam groeien. Dan is er weinig hechting tussen de stam en de tak en kan zo'n tak naar beneden vallen. Zo geschiedde tijdens een zomerstorm op een provinciale weg in Gelderland. Iemand raakt zwaargewond en de zaak komt op het bord van een civiele rechter.[75]

De praktijk van het privaatrecht is aldus op het verleden gericht, in reactie op een specifiek schadegeval, met het oog op vergoeding. Er ontstaat schade, de schade loopt op, en vele maanden, zo niet jaren later proberen we het met wat schadevergoeding, verhoogd met wettelijke rente, goed te maken.

Dat moet beter kunnen. Want, is het überhaupt in iemands belang om te wachten en te bezien hoe een schade ontstaat en oploopt om vervolgens het heil in de schadevergoeding te zoeken? Is niet schadevoorkoming voor alle partijen beter? Terwijl schadevergoeding niet meer is dan schadeverplaatsing, een genoegdoening voor een schade die niet terug te draaien is, betekent voorkoming van schade, ook als het slechts gedeeltelijk is, een verbetering van het reële zijn.

Om hier nog een schepje bovenop te doen: In de hierboven aangehaalde voorbeelden is de schade meestal niet eens vergoed, maar is aansprakelijkheid afgewezen en dus is de schade alleen maar vergroot, met de werkelijke en de maatschappelijke kosten van het tevergeefs procederen.[76] Dat moet beter kunnen.

4.2.2 Plichtsgetrouw boven rechtsgetrouw

Uiteraard is het van belang dat de beoefenaar van het privaatrecht in concrete schadegevallen in kaart brengt wat de benadeelde is te kort gekomen en probeert dat specifieke verlies te laten vergoeden. De privatist zou zich echter niet uitsluitend moeten richten op de rechten van de individuele benadeelde als het kwaad al is geschied, maar tevens op de plichten van (collectieve) normschenders op het moment dat zij deze negeren.

Daar waar men zich enkel op de positie van de individuele benadeelde concentreert, wordt het belang van preventie uit het oog verloren, alsook de positievermindering van degene uit wiens zak de compensatie komt. Wat schadevergoeding voor de één is, is financieel verlies voor de ander. Compenseren is herverdelen. Schade vergoeden is dus tot op zekere hoogte schade verplaatsen. Daarbij komt dat de dans om de centen een negatieve invloed kan hebben op de balans tussen partijen en in de samenleving. Een vergoedingssysteem impliceert *overall* meer lasten dan opbrengsten. Die lasten worden gedragen door de daders en benadeelden, maar ook

74 Hoge Raad 4 april 2014, *Nederlandse Jurisprudentie* 2014/368. Zie ook T. Hartlief, 'De draagkracht van de gedaagde overheid', *Nederlands Juristenblad* 2014, nr. 19, p. 1307.

75 Jurisprudentie over dit ongeval tijdens de storm van 28 mei 2000: Rechtbank Arnhem 4 november 2009, Hof Arnhem 23 oktober 2012 en Hoge Raad 31 mei 2013, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2013/162.

76 Een uitzondering is het genoemde schadegeval in Deventer dat plaatsvond op 4 oktober 2007. Daar is na verwijzing van de zaak naar het Gerechtshof Den Bosch uiteindelijk een gedeeltelijke aansprakelijkheid aangenomen, zie Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022.

door de overheden en verzekeraars en dus door alle burgers. Voor die lasten bestaat vaak een blinde vlek.[77]

Willen wij overgaan tot een doelmatige privaatrechtelijke handhaving van gedragsnormen die het privaatrecht oplegt, dan moeten wij ons niet langer primair richten op de rechten van de benadeelde, maar juist ook en vooral op de plichten van de dader of potentiële dader. Immers als we in het privaatrecht de aandacht richten op het schadevergoedingsrecht van de benadeelde en niet tevens op de voorafgaande plicht van de dader om een ander geen schade te berokkenen op onrechtmatige wijze dan is het uitermate lastig materiële normen te handhaven. Bij een focus op de rechten van de schuldeiser is het namelijk steeds zo, dat als de schuldeiser er niet in slaagt om een recht geldend te maken, de plicht van de schuldenaar als een lege huls achterblijft. Daarmee is de toegang tot handhaving in het privaatrecht geblokkeerd in alle gevallen waarin het bestaan van schade, causaal verband of relativiteit op microniveau niet kan worden bewezen. Maar aangezien in dergelijke gevallen soms wel op macroniveau kan worden aangenomen dat de schending van de desbetreffende gedragsregel tot rechtens relevante schade leidt, zou handhaving wél wenselijk zijn.

Hoe lastig het kan zijn om met een focus op de rechten van het slachtoffer de plichten van de schuldenaar te handhaven kan worden geïllustreerd aan de hand van de uitstoot van waterverontreinigende of luchtverontreinigende stoffen. Dat een dergelijke uitstoot tot schade leidt zal vaak duidelijk zijn, maar welke schade het precies wanneer veroorzaakt heeft en wie deze lijdt zal moeilijker vast te stellen zijn. En daarmee is dan een recht op schadevergoeding meer dan eens geblokkeerd. Daar waar sprake is van ketenverantwoordelijkheid, geldt eveneens dat met een *ex ante*-benadering meer kan worden bereikt dan met een *ex post*-benadering. Achteraf aangesproken tot schadevergoeding zal de ene actor de vinger wijzen naar de andere actoren en betogen dat niet zijn handelen, maar het handelen van (één van) de anderen de (direct) oorzaak van de schade is geweest. *Ex ante* aangesproken op het oppakken van de eigen verantwoordelijkheid kan men zich echter niet verschuilen achter de stelling dat ook anderen hun verantwoordelijkheid ontlopen. Integendeel, in geval van ketenverantwoordelijkheid kan van actoren worden gevergd zo nodig ook proactief de samenwerking op te zoeken. Dat een rechtvaardige verdeling van verantwoordelijkheid via de weg van *ex post*-schadevergoedingsclaims te veel obstakels kent, leert voorts ook het voorbeeld van de schending van informatie- of waarschuwingsplichten. Een opzettelijke, ontegenzeggelijke schending van een informatieplicht geeft op zich nog geen recht op schadevergoeding en leidt daarmee in de praktijk nog niet tot een actie van het aansprakelijkheidsrecht. Kan immers de niet-geïnformeerde benadeelde niet bewijzen dat hij een andere, minder schadelijke keuze zou hebben gemaakt indien hij wel de juiste informatie zou hebben gekregen, dan antwoordt de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht al te snel: de normschender is inderdaad tekortgeschoten, maar wij kunnen niets voor u betekenen. Handhaving van informatieplichten dient evenwel ook een doel op collectief niveau, zoals maximalisatie van in autonomie genomen beslissingen en reductie van vermijdbare schade.

Daarbij komt dan nog dat in die gevallen waarin het wél gemakkelijk is om plichten af te dwingen door het geldend maken van rechten, dit lang niet altijd gebeurt. De toegang tot handhaving wordt met andere woorden lang niet altijd gebruikt. Men weet dat het klimaat schade wordt toegebracht, maar niemand voelt zich eigenaar van dat probleem en (bijna) niemand grijpt met behulp van het aansprakelijkheidsrecht in. Er is dan weliswaar een normschender - iemand schiet te kort - maar de schadelijders laten het erbij zitten. Dat dit niet tot optimale handhaving leidt, behoeft geen betoog.

Ook het in maatschappelijk opzicht onwenselijke fenomeen van strooischade legt deze problematiek bloot.[78] Het gaat dan om de toebrenging van kleine schades op grote schaal. Er

77 J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *Nederlands Juristenblad* 2002, nr. 12, p. 609.

78 I.N. Tzankova, *Strooischade. Een verkennend onderzoek naar een nieuw rechtsfenomeen*, Den Haag: Sdu 2005.

wordt niet of nauwelijks geclaimd; de kosten daarvan zouden immers hoger zijn dan de baten.[79] Maakt de rechtsbeoefenaar de inzet van het privaatrecht afhankelijk van de vraag of een benadeelde een recht inroept, dan staat hij hier met lege handen.

Ik ga nog een stapje verder. Zelfs in het geval dat zich wél een slachtoffer aandient en deze bovendien een recht geldend weet te maken, dan nog is de handhaving in het privaatrecht niet altijd voldoende effectuerend. Het sanctioneren van overtredingen van gedragsregels gebeurt in de huidige benadering namelijk steeds met het oog op een specifieke casus ten behoeve van een individueel slachtoffer. Aldus wordt het concrete geval aangepakt zonder oog te hebben voor andere gevallen. En zo kan het gebeuren dat heldere gedragsregels niet volledig worden nageleefd, omdat de handhaving alleen individuele schadevoorvallen betreft.

Wij denken in termen van gedragsnormen die gelden voor schuldenaren in het algemeen of typen schuldenaren in het bijzonder, maar als het aankomt op handhaving daarvan in de rechtspraktijk, wordt de focus verlegd naar de rechten van de individuele schuldeiser. Dat moet anders. De plicht van een schuldenaar de door hem zonder recht toegebrachte schade te vergoeden is een secundaire plicht, die eerst na het schadegeval opkomt. Centraler moet staan de primaire plicht van eenieder; dat is het zich gedragen conform de maatschappelijke verantwoordelijkheid, door de geschreven en ongeschreven normen van de samenleving te eerbiedigen, en is daarmee de plicht het onrechtmatig toebrengen van schade aan een ander te voorkomen.

4.2.3 Aansprakelijkheidsrecht is meer dan schadevergoedingsrecht

Zoals in hoofdstuk 2 is uiteengezet heeft het aansprakelijkheidsrecht meer pretenties dan alleen de vergoeding van schade. Het aansprakelijkheidsrecht kan worden ingezet om maatschappelijk schade te voorkomen. Dit betekent dat er andere vragen moeten worden gesteld. Want, als men uitsluitend vraagt hoeveel schadevergoeding het slachtoffer toekomt als het is misgegaan, wordt onvoldoende gewaarborgd dat partijen vooraf van ongewenst gedrag afzien. Van mogelijke sancties achteraf gaat weliswaar een zekere druk uit en de preventieve werking daarvan wil ook niemand volledig ontkennen, maar is het niet vanzelfsprekend dat voor werkelijke preventie een *ex ante*-perspectief beter dienst kan doen?[80] Willen we zo goed als mogelijk voorkomen dat plichten en gedragsregels worden geschonden, dan moeten we de aandacht van de benadeelde naar de actor verleggen. En daarmee dus onze aandacht in tijd naar voren halen. Ik reik daartoe het leerstuk van de schadevoorkomingsplicht aan.[81]

4.3 VALKUILEN

In de praktijk komt de schadevoorkomingsplicht nog onvoldoende uit de verf. In frequentie wint de vordering tot schadevergoeding het ruimschoots van de vordering tot schadevoorkoming. Dit zal samenhangen met het feit dat er weinig financiële incentives zijn voor het instellen van schadevoorkomingsclaims. Bij de schadevoorkomingsclaim gaat het om een rechterlijk bevel of verbod ter voorkoming van schade die anders in de toekomst mogelijk geleden zou worden. Bij

79 Een collectieve actie biedt hier uitweg, maar in het kader van een collectieve actie kan geen schadevergoeding worden gevorderd. Wat wel kan worden gevorderd is een verklaring voor recht of een rechterlijk bevel of verbod.

80 Zie ook W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort,* Den Haag: BJu 2006.

81 A.L.M. Keirse, *Wat zou een schuldeiser zijn zonder schuldenaar?* (oratie Utrecht), 2008; A.L.M. Keirse, 'De schadevoorkomingsplicht', in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door privaatrecht*, Den Haag: BJu 2009, p. 95-104; A.L.M. Keirse, 'Alterum non laedere; voorkom schade! Grondbeginsel van het aansprakelijkheidsrecht', in: S.D. Lindenbergh e.a. (red.), *Een nieuwe aanpak*, Den Haag: Sdu 2010, p. 1-26.

een schadevergoedingsclaim is de directe inzet daarentegen een som geld ter compensatie van een geleden verlies. Behoudens een bescheiden proceskostenveroordeling in geval van toewijzing, komen de kosten van *ex ante*-preventieve acties niet voor rekening van de aangesproken actoren, maar blijven zij waar zij vallen, bij de claimanten zelf. De kosten van *ex post*-schadevergoedingsclaims worden in geval van toewijzing in ruimere mate door de aangesproken partij gedragen via de weg van vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Niet alleen is er dus in de fase dat er nog geen schade is geleden, veelal geen duidelijk financieel belang om te procederen, maar ook is aan het procederen zelf een prijskaartje verbonden dat in de regel niet op een ander kan worden afgewenteld.

Daar waar een dergelijke proactieve claim wel in de rechtszaal verschijnt, is de rechter terughoudend.[82] Dit vindt deels verklaring in het feit dat het *ex ante* inschatten van risico's problematisch kan zijn. Een knelpunt is ook de beperkte informatie die in de setting van een rechtszaak beschikbaar is.[83]

Een zekere terughoudendheid is trouwens ook geboden. Het najagen van een nul-risico is onwenselijk. Het zou maatschappelijk initiatief verstikken en nog onzekere voordelen van innovatie zouden worden misgelopen. Het ontlopen van alle risico's brengt bovendien andere risico's met zich en is daarmee niet doenlijk.[84] De schadevoorkomingsplicht is dan ook uitdrukkelijk niet risicomijdend in absolute zin. Integendeel, het is gericht op het voorkomen van schade en heeft mede daarom een positieve houding tegenover innovatie. Het betrachten van proactieve voorzorg, zorg en nazorg justificeert dat risico's blijven bestaan.

4.4 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

➢ *Voorkomen is beter dan vergoeden*

Schade voorkomen is beter dan schade vergoeden. Desalniettemin richt de privaatrechtelijke praktijk zich veelal op het schadevergoedingsrecht van de individuele schuldeiser als het kwaad reeds is geschied, en niet op de daaraan voorafgaande algemene plichten en gedragsnormen. Deze praktijk is aldus op het verleden gericht, in reactie op een specifiek schadegeval, met het oog op vergoeding. Schadevergoeding is evenwel niet meer dan schadeverplaatsing, een genoegdoening voor een schade die niet terug te draaien is. De plicht van een schuldenaar om de door hem zonder recht toegebrachte schade te vergoeden is een secundaire plicht, die eerst na het schadegeval opkomt. Centraler moet staan de primaire plicht van eenieder; dat is het zich gedragen conform de maatschappelijke verantwoordelijkheid, de plicht het onrechtmatig toebrengen van schade aan een ander te voorkomen. Daartoe moet het perspectief worden verplaatst van de individuele rechten van de schuldeiser naar de algemene plichten van de schuldenaar.

82 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Groningen 15 mei 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BA5126 (*Meins/Holland Casino*). Zie ook W.H. van Boom, 'Comparative notes on injunctions and wrongful risk-taking' , *Maastricht Journal of Comparative Law* 2010, p. 10-31.

83 Zie nader E.J. de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering bij gezondheids- en milieurisico's', *Ars Aequi* 2015, p. 872-881.

84 Gezondheidsraad, *Voorzorg met rede*, 2008, p. 56.

➢ *Schadevoorkomingsclaims boven schadevergoedingsclaims*

De schadevoorkomingsplicht verdient de voorrang boven de schadevergoedingsplicht. Een eenzijdige focus op individuele (schadevergoedings)rechten maakt dat de toegang tot privaatrechtelijke handhaving in veel situaties geblokkeerd, ongebruikt dan wel niet effectuerend ia. Geblokkeerd is de toegang ingeval niet aan alle vereisten voor een rechtsvordering is voldaan, bijvoorbeeld omdat er niet tijdig is geklaagd of omdat de vereiste causaliteit niet kan worden aangetoond. Aangezien lang niet altijd getracht wordt zekere rechten geldend te maken, blijft de toegang ook meer dan eens ongebruikt. De handhaving is tot slot niet optimaal effectuerend, nu deze zich richt op een geschonden recht in een specifieke casus ten behoeve van een individueel slachtoffer en andere gevallen aldus buiten schot blijven.

Door het perspectief te verplaatsen van de individuele rechten naar de algemene plichten en de daaraan ten grondslag liggende grondbeginselen kan het (aansprakelijkheids)recht aan doelmatigheid winnen. Hiermee wordt de aandacht in tijd naar voren gehaald en wordt een betere balans gevonden tussen preventie, compensatie en de daaraan verbonden lasten. Dit betekent dat andere claims moeten worden ingesteld en toegewezen.

➢ *Beantwoording derde onderzoeksvraag*

✓ *Wat zijn de voor- en nadelen, randvoorwaarden en welke stappen moeten dan worden gezet?*

De mogelijkheden die het aansprakelijkheidsrecht met het oog op voorzorg en schadevoorkoming biedt worden eerst daadwerkelijk benut, als meer en meer schadevoorkomingsclaims worden ingesteld, worden toegewezen en bekendheid genieten. Valkuil hierbij is evenwel het gebrek aan incentives voor het instellen van schadevoorkomingsclaims. Als er nog geen schade is geleden, is mogelijk nog niemand eigenaar van het probleem. Bovendien ontbreekt mogelijk ook een financieel belang bij het aanspreken van de actor of het procederen.

5. INTERNATIONAALRECHTELIJKE CONTEXT VAN VEILIGHEIDSBELEID

5.1 INTERNATIONALISERING

Een louter nationaal gerichte aanpak van veiligheidsbeleid zal in de huidige tijden tekort schieten. Veel van de vraagstukken van maatschappelijke veiligheid zijn grensoverschrijdend. Nationaal recht en beleid worden bovendien in toenemende mate beïnvloed door Europese en internationale ontwikkelingen. Deze invloed manifesteert zich langs diverse wegen, zoals regelgeving, rechtspraak, wetenschap, internationale handelsbetrekkingen en normstelling door internationaal opererende private actoren.

Het brede kader van veiligheidsbeleid wordt mede bepaald door verscheidene rechtsbronnen die op mondiaal of Europees niveau zijn tot stand gekomen. In de context van dit onderzoek naar de mogelijkheden van de schadevoorkomingsplicht voor het veiligheidsbeleid is met name van belang te wijzen op vormen van Europese regulering die de verdeling van privaatrechtelijke verantwoordelijkheid voor veiligheid beïnvloeden. Ik zal hieronder aldus ook specifiek ingaan op Europese regulering die de inhoud van de schadevergoedingsplicht en de schadevoorkomingsplicht mede inkleurt.

De hier bedoelde beïnvloeding geschiedt op twee verschillende wijzen. In de eerste plaats voorziet de EU-regelgeving in verplichtingen voor private partijen. Dit kan dwingendrechtelijk met zich brengen dat daarmee strijdige overeenkomsten nietig zijn en daarmee strijdig (buitencontractueel) handelen onrechtmatig. In de tweede plaats impliceert de Europeanisering van het verbintenissenrecht dat het lidstaten niet is toegestaan op nationaal niveau regels te stellen en zorgplichten te formuleren die aan de werking van EU regelgeving in de weg staan, daar waar die EU regelgeving totale harmonisatie beoogt. Een consequentie van het streven naar sector specifieke totale harmonisatie is immers dat het EU recht op deze specifieke terreinen de aansprakelijkheid van de actoren kan bepalen waarbij het lidstaten niet is toegestaan verdergaande zorgplichten op te leggen.

Volledigheidshalve biedt het hiernavolgende allereerst een overzicht van juridisch relevante internationale rechtsbronnen die het brede kader van veiligheidsbeleid mede bepalen. Daarna worden de Europese competenties geschetst, waarop geïntroduceerd wordt wat er in de onderhavige context Europeesrechtelijk speelt. Vervolgens wordt voor de beide, zojuist onderscheiden wijzen van beïnvloeding het algemene kader geschetst, waarbij ook wordt toegespitst op enkele voor de onderhavige context belangwekkende verordeningen en richtlijnen. Beantwoord wordt daarmee de vierde, door het ministerie van IenM voorgelegde vraag, te weten:

> *Hoe verhoudt regulering via privaatrecht/aansprakelijkheidsrecht zich tot het karakter van de bestaande EU regelgeving (bijv. REACH-verordening en Biocidenverordening) die door hun rechtsbasis (artikel 114 VWEU) totale harmonisatie behelzen?*

5.2 INTERNATIONALE RECHTSBRONNEN VOOR VEILIGHEIDSBELEID

De veiligheid van mensen, waaronder het recht op gezondheid en het recht op menswaardige leefomstandigheden, wordt door verscheidene internationale instrumenten beschermd. Het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten van 1966 (IVESCR) van de Verenigde Naties is een belangrijk voorbeeld. Reeds eerder, te weten in 1946, is de

Wereldgezondheidsorganisatie opgericht en in 1948 is het recht op gezondheid tezamen met het recht op een behoorlijke levensstandaard verankerd in de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens (UVRM). Het IVESCR biedt evenwel een meer uitvoerige bescherming. Deze bescherming houdt niet alleen in dat de staten zich moeten onthouden van het schenden van mensenrechten en dat ze mensenrechtenschendingen door derden dienen te voorkomen, maar ook dat ze de noodzakelijke maatregelen treffen om de uitoefening van mensenrechten te vergemakkelijken, te verzekeren en te bevorderen.

Dergelijke positieve verplichtingen vloeien ook voort uit het op het niveau van de Raad van Europa afgesloten Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens, dat onder meer het recht op leven, het zelfbeschikkingsrecht, het recht op een veilige en schone leefomgeving en het recht op ongestoord genot van eigendom beschermt. Hetzelfde geldt voor het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

De conclusie is dat het internationale mensenrechtenrecht mede sturend is voor de kaders van nationaal veiligheidsbeleid. Dit neemt niet weg dat het in de eerste plaats aan de staten zelf is om de veiligheid op hun territorium te beschermen. Daartoe zetten zij instrumenten van publiekrecht in, maar ook kunnen zij zich daartoe tot het privaatrecht wenden. Nu het onderhavige onderzoek de privaatrechtelijke verantwoordelijkheid voor veiligheid tot onderwerp heeft, spitst het vervolg van dit hoofdstuk zich toe op de vraag in hoeverre het internationale recht ingrijpt in de verdeling van privaatrechtelijke verantwoordelijkheid. Daarmee belanden we op het niveau van de Europese Unie.

5.3 EUROPESE COMPETENTIES OP HET TERREIN VAN HET PRIVAATRECHT

De Europese Unie kan slechts optreden voor zover daartoe een bevoegdheid bestaat in het Europese recht, in het bijzonder in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU). Voor een stelselmatige bemoeienis met het privaatrecht of een van boven af opgelegde uniformering van aansprakelijkheidsrecht ontbeert de Unie thans bevoegdheid.

De bevoegdheden waarover de Unie naar huidig recht wel beschikt, hangen samen met haar doelstellingen. Doel is allereerst de bevordering van de harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteiten binnen de Europese Unie. Voorop staat de verwezenlijking van de interne markt. Het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal vormen samen met de mededingingsbepalingen de ruggengraat van deze interne markt. Indien en voor zover nationaal recht in de weg staat aan de werking van de internationale markt, is de Europese Unie in beginsel bevoegd om op te treden, ook op privaatrechtelijk terrein. Uit dit voornaamste doel van de Unie tot bevordering van de interne markt is de bescherming van de zwakkere partij als tweede doelstelling voortgevloeid. De voortschrijdende verwezenlijking van de interne markt heeft de noodzaak voor de ontwikkeling van een Europees consumentenbeleid meegebracht. Met de derde doelstelling van de Europese Unie een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid voor de Europese burger tot stand te brengen, gaan eveneens bevoegdheden gepaard.

Algemeen gesteld kan de Europese regelgever verordeningen, richtlijnen en aanbevelingen van materieel privaatrecht afkondigen, indien het nodig bevonden wordt ter verwezenlijking van een van de doelstellingen van de Europese Unie. Daarmee is het bestaan en de mate van bevoegdheid tot uniformering of harmonisering van materieel privaatrecht feitelijk sterk afhankelijk van de te nemen maatregel alsook het te reguleren onderwerp. In alle gevallen dient het regelgevend ingrijpen bovendien te stroken met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Dit moet garanderen dat de Unie alleen optreedt als dat noodzakelijk is met het oog op het bereiken van haar doelstellingen, zoals door de van kracht zijnde verdragen bepaald,

dat zij niet meer doet dan nodig is, alsook dat beslissingen zo dicht mogelijk bij de burger worden genomen.

5.4 RELEVANTE EUROPESE REGELGEVING: VERORDENINGEN, RICHTLIJNEN EN OPEN METHODE VAN COÖRDINATIE

Zoals in het hiernavolgende verder zal worden uitgewerkt, valt te wijzen op diverse Europese verordeningen, richtlijnen en aanbevelingen die van betekenis zijn in de context van het onderhavige onderzoek naar de mogelijkheden van de privaatrechtelijke schadevoorkomingsplicht voor het veiligheidsbeleid.

Een verordening heeft ingevolge artikel 288 VWEU algemene strekking, is verbindend in al haar onderdelen en is binnen de lidstaten van de Europese Unie rechtstreeks van toepassing. Een verordening behoeft dus niet te worden omgezet naar nationaal recht. Eenieder binnen de Unie wordt onmiddellijk gebonden en kan in beginsel rechten aan de verordening ontlenen. Dit betekent ook dat overtreding van een privaat- of publiekrechtelijk getinte verordening de onrechtmatigheid van een feitelijke gedraging kan meebrengen alsook de inhoud van de schadevoorkomingsplicht kan inkleuren. Daarover meer in de volgende paragraaf.

Richtlijnen zijn, anders dan verordeningen, voor de lidstaten slechts verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat. Aan de nationale instanties van de verschillende lidstaten wordt, op grond van artikel 288 VWEU, de bevoegdheid gelaten de vorm en middelen hiervoor te kiezen. Een richtlijn draagt de lidstaten op om binnen een bepaalde termijn een bepaald resultaat in de nationale rechtsorde te verwezenlijken. Aan deze uitvoering worden zekere eisen gesteld. Na implementatie dient de nationale rechtssituatie bepaaldelijk en duidelijk te zijn en dient volledige toepassing van de richtlijn verzekerd te zijn. De begunstigden dienen kennis te kunnen nemen van hun rechten ter zake en voor de nationale rechter te kunnen ageren. Voor hun werking in de nationale rechtsordes zijn richtlijnen derhalve primair afhankelijk van de omzetting door de lidstaten in nationale regelgeving. Subsidiair, voor het geval de omzetting niet, niet tijdig of niet correct geschiedt, ontvouwen richtlijnen hun werking door richtlijnconforme interpretatie door rechterlijke instanties.

'Europa' probeert niet alleen op directe wijze haar stempel op nationaal beleid te drukken; ze probeert ook invloed uit te oefenen op nationale debatten en discoursen door thema's op de Europese en nationale politieke agenda te zetten. In dit verband wordt wel gesproken van de open methode van coördinatie. De Unie richt zich daarbij op vrijwillige coördinatie. Opzet van deze methode is de vaststelling van gemeenschappelijke doelstellingen en richtsnoeren, de vaststelling van indicatoren en van beste praktijken. Deze methode doet in het bijzonder – maar geenszins uitsluitend – dienst op terreinen waarop de Europese Unie geen of slechts gedeelde bevoegdheid heeft, dan wel enkel de bevoegdheid kent om ondersteunende maatregelen te treffen.

Samenvattend zijn hiermee de drie processen van uniformering, harmonisering en convergentie aangestipt. Uniformering betreft het in de lidstaten rechtstreeks toepasselijke, in Unieregelgeving vervatte privaatrecht dat in alle lidstaten gelijke gelding heeft. Toename van nationaal privaatrecht waarvan de inhoud door regelgeving op unitair niveau is bepaald impliceert harmonisering. Ten slotte kent nationaal beleid meer of minder spontane beïnvloeding door buurlanden en instellingen van de Europese Unie en wordt het beleid van de Unie beïnvloed door wat er in de verschillende lidstaten gebeurt. Aldus wordt naar elkaar toe bewogen.

Welke Europese verordeningen, richtlijnen of coördinatie concreet van invloed zijn, hangt af van het beleidsthema waarop het voorliggende veiligheidsvraagstuk betrekking heeft. Ik noem

allereerst de REACH-verordening die de gezondheid van de mens en het milieu beoogt te beschermen tegen gevaren verbonden aan chemische stoffen.[85] Genoemd wordt voorts de Biocidenverordening die eveneens de gezondheid van mensen, dieren en het milieu veilig wil stellen, maar dan met het oog op de gevaren die biociden meebrengen.[86] In het kader van de afbakening van de verantwoordelijkheid van private actoren zoals producenten, spelen onder omstandigheden ook de Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen (EVOA) en de Kaderrichtlijn afvalstoffen een rol.[87] Te wijzen valt tevens op de Richtlijn Milieuaansprakelijkheid, die een juridisch kader biedt voor het voorkomen en herstellen van milieuschade, op basis van het beginsel dat de vervuiler betaalt.[88] Deze Richtlijn is in ons recht geïmplementeerd in de Wet Milieubeheer, waarbij in overeenstemming met de Richtlijn de eigen verantwoordelijkheid van de exploitant wordt vooropgesteld. Indien door een bedrijfsmatige of beroepshalve activiteit een onmiddellijke dreiging van milieuschade ontstaat, is degene die de activiteit verricht verplicht direct preventieve maatregelen te treffen, en de situatie te melden aan het bevoegd gezag. De actor dient bovendien het bevoegd gezag nader te informeren wanneer de dreiging ondanks deze maatregelen niet meteen verdwijnt. In geval dat milieuschade reeds is ontstaan is de actor eveneens verplicht hiervan zo spoedig mogelijk melding te doen aan het bevoegd gezag en dient hij elke haalbare maatregel te treffen om de schadefactoren onmiddellijk onder controle te houden, in te perken, te verwijderen of anderszins te beheersen, teneinde verdere aantasting van het milieu en de menselijke gezondheid te voorkomen of te beperken. Ten slotte zal degene die de activiteit verrichtte waardoor de milieuschade is ontstaan, in beginsel ook aansprakelijk worden gehouden voor de opgetreden schade en de herstelkosten.

Vermeldenswaardig is daarnaast het steeds stringenter wordende Europees productveiligheidsbeleid, gericht op de kwaliteit en in het bijzonder de veiligheid van de in de handel gebrachte of te brengen producten. Aan de wieg van dit productveiligheidsbeleid staat de Europese Richtlijn productaansprakelijkheid die hieronder in paragraaf 5.6 uitgebreid aan de orde komt.[89] Naast deze richtlijn, die hoofdzakelijk sanctionerend van aard is, is er een richtlijn inzake algemene productveiligheid die veeleer een preventief karakter heeft.[90] Laatstgenoemde richtlijn bepaalt dat producenten gehouden zijn uitsluitend veilige producten op de markt te brengen. Onder een veilig product wordt verstaan een product dat bij normale of redelijkerwijs te verwachten gebruiksomstandigheden geen enkel risico oplevert, dan wel slechts beperkte risico's die verenigbaar zijn met het gebruik van het product en vanuit het oogpunt van een hoog beschermingsniveau voor de gezondheid en veiligheid van personen aanvaardbaar geacht. Vervolgens wordt een aantal factoren genoemd waarmee rekening moet worden gehouden. Dat een 'hoger veiligheidsniveau' kan worden bereikt of dat andere producten bestaan met een kleiner risico, bestempelt een product niet tot 'gevaarlijk'. Daarbij wordt expliciet aangegeven dat een product als veilig wordt beschouwd indien het voldoet aan de 'specifieke nationale bepalingen', zoals in de richtlijn nader uitgewerkt. Verscheidene voedselcrises die Europa hebben geteisterd,

85 Verordening (EG) nr. 1907/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 inzake de registratie en beoordeling van en de autorisatie en beperkingen ten aanzien van chemische stoffen (REACH), tot oprichting van een Europees Agentschap voor chemische stoffen, houdende wijziging van Richtlijn 1999/45/EG en houdende intrekking van Verordening (EEG) nr. 793/93 van de Raad en Verordening (EG) nr. 1488/94 van de Commissie alsmede Richtlijn 76/769/EEG van de Raad en de Richtlijnen 91/155/EEG, 93/67/EEG, 93/105/EG en 2000/21/EG van de Commissie.

86 Verordening (EU) nr. 528/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden.

87 Verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen; Richtlijn 2008/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen en tot intrekking van een aantal richtlijnen.

88 Richtlijn 2004/35 EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van milieuschade.

89 Richtlijn 1984/374/EG inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, gewijzigd bij Richtlijn 1999/34/EG.

90 Richtlijn 1992/59/EG inzake algemene productveiligheid, gewijzigd bij Richtlijn 2001/95/EG.

zoals mond- en klauwzeer, vogelpest, dioxinekippen, varkenspest en vogelgriep, hebben vervolgens aanleiding gegeven tot de Voedselveiligheidsverordening en de oprichting van de Europese Autoriteit voor Voedselveiligheid.[91] Dit maakt dat het Europese productenrecht zich inmiddels in twee subsystemen laat onderscheiden waarvan het eerste zich op een algemeen niveau bevindt en het tweede sectorspecifiek effectief is op het niveau van productgroepen.[92] Daarbij verdient opmerking dat naast de materiële regulering van consumentenveiligheid ook het instrument van actief toezicht op veiligheid aan terrein wint. Het eerstgenoemde regelsysteem is op alle producten van toepassing en wordt gevormd door de elkaar aanvullende richtlijnen inzake productaansprakelijkheid en productveiligheid. Het sectorspecifieke subsysteem is het regelcomplex rondom de zogenaamde nieuwe aanpak en de CE-markering. Het betreft een eveneens voornamelijk op richtlijnen (en verordeningen) steunende combinatie van abstracte juridisch bindende veiligheidsvoorschriften en genormaliseerde technische specificaties die door producenten vrijwillig nagevolgd mogen worden.[93] In 2013 lanceerde de Europese Commissie een wetgevingspakket Productveiligheid en Markttoezicht.[94] Met dit pakket wordt gestreefd naar een vereenvoudiging van het huidige juridische kader inzake productveiligheid en naar een versterking van het markttoezicht. Het omvat een voorstel voor een vervangende verordening betreffende de veiligheid van consumentenproducten alsook een voorstel voor een nieuwe verordening betreffende markttoezicht.[95]

Daar waar het gaat om de verantwoordelijkheid van de producent van de zelfrijdende auto, één van de gevalstudies die hieronder aandacht krijgt, zijn naast voornoemde richtlijnen ook de ITS Richtlijn alsook het Verdrag van Wenen inzake het wegverkeer van belang.[96] Is het klimaat binnen vliegtuigen in het spel – dat is de tweede *case* die in hoofdstuk 6 een concrete uitwerking krijgt – dan zijn onder meer relevant het agentschap van de EU voor veiligheid van de luchtvaart (*European Aviation Safety Agency*; EASA) en de ontwikkeling van het gemeenschappelijk Europees luchtruim (*Single European Sky*, SES) alsook de wetgevingspakketten die daaraan ten grondslag liggen.[97]

---

91 Verordening (EG) nr. 178/2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de levensmiddelenwetgeving, tot oprichting van een Europese Autoriteit voor voedselveiligheid en tot vaststelling van procedures voor voedselveiligheidsaangelegenheden.

92 A. Brack, 'De eenheid van het productenrecht. Over de juridische houdbaarheid van de tweedeling food/non-food', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2006, afl. 3, p. 73.

93 Aldus A. Brack, 'De eenheid van het productenrecht. Over de juridische houdbaarheid van de tweedeling food/non-food', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2006, afl. 3, p. 73. Zie ook C.J.M. van Doorn & S.B. Pape, 'Kroniek Productaansprakelijkheid en productveiligheid 2005-2008', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2009, afl. 2, p. 36 e.v. Zie voor een verslag van recente ontwikkelingen C.J.M. van Doorn & S.B. Pape, 'Productaansprakelijkheid en productveiligheid 2009-2013', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken* 2014, afl. 2, p. 7276.

94 Commissievoorstel COM(2013)78 final, *Voorstel voor een verordening van consumentenproducten en tot intrekking van Richtlijn 87/357/EEG van de Raad en Richtlijn 2001/95/EG van de Raad*. Het Europees Parlement heeft op 15 april 2014 plenair gestemd over het voorstel en dit voorzien van enige amendementen aangenomen met 485 stemen voor en 130 stemmen tegen (27 parlementariërs onthielden zich van stemming).

95 De voornoemde Richtlijn inzake algemene productveiligheid (1992/59/EG, gewijzigd bij 2001/95/EG) zal dan worden ingetrokken, evenals de Richtlijn betreffende imitaties van levensmiddelen (87/357/EEG).

96 Richtlijn 2010/40/EU van het Europees Parlement en de Raad van 7 juli 2010 betreffende het kader voor het invoeren van intelligente vervoerssystemen op het gebied van wegvervoer en voor interfaces met andere vervoerswijzen.

97 Onder andere Verordening (EG) nr. 216/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 20 februari 2008 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels op het gebied van burgerluchtvaart en tot oprichting van een Europees Agentschap voor de veiligheid van de luchtvaart, houdende intrekking van Richtlijn 91/670/EEG, Verordening (EG) nr. 1592/2002 en Richtlijn 2004/36/EG; Verordening (EG) nr. 1108/2009 van het Europees parlement en de Raad van 21 oktober 2009 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 216/2008 op het gebied van luchtvaartterreinen, luchtverkeersbeheer en luchtvaartnavigatiediensten en tot intrekking van Richtlijn 2006/23/EG; Verordening (EG) nr. 549/2004 van het Europees parlement en de Raad van 10 maart 2004 tot vaststelling van het kader voor de totstandbrenging van het gemeenschappelijke Europese luchtruim; Verordening (EG) nr. 550/2004 van het Europees parlement en de Raad van 10 maart 2004 betreffende de verlening van luchtvaartnavigatiediensten in het gemeenschappelijk Europees luchtruim; Verordening (EG) nr. 551/2004 van het Europees parlement en de Raad van 10 maart 2004 betreffende de organisatie en het gebruik van het gemeenschappelijk Europees luchtruim; Verordening (EG) nr. 552/2004 van het Europees parlement en de Raad van 10 maart 2004 betreffende de interoperabiliteit van het Europese netwerk voor luchtverkeersbeveiliging.

5.5 EUROPEESRECHTELIJKE INKLEURING VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE ZORGPLICHT

5.5.1 De betekenis van uniforme EU-verplichtingen voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding

Het is van belang om voor ogen te houden dat er uniforme, Europese regelgeving is die rechtstreeks en met voorrang – boven afwijkend nationaal (privaat)recht – in de lidstaten van toepassing is. Dit betekent dat er EU-regelgeving bestaat die verplichtingen in het leven roept, soms ook voor private partijen, en die dwingendrechtelijk met zich brengt dat daarmee strijdige overeenkomsten nietig zijn of daarmee strijdig (buitencontractueel) handelen onrechtmatig is. Bepalingen van primair en secundair Unierecht kunnen immers rechtstreekse werking toekomen indien zij in duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke bewoordingen zijn gesteld en aldus naar hun aard geschikt zijn om door een justitiabele voor de nationale rechter te worden ingeroepen, zonder dat daarvoor nadere uitvoeringsmaatregelen vereist zijn.

Naar de mening van *Craig* & *De Búrca* valt niet in te zien waarom bepalingen in verordeningen niet door particulieren voor de nationale rechter zouden kunnen worden ingeroepen, zolang de bepalingen maar voldoende duidelijk, nauwkeurig en zeker zijn geformuleerd.[98] Zij leiden dit onder meer af uit de zaak *Azienda Agricola Monte Arcosu t. Regione Autonoma della Sardegna*. In die zaak overwoog het Europese Hof van Justitie overigens juist dat de betrokken particulieren geen rechten aan de in het geding zijnde bepalingen konden ontlenen, gezien de beoordelingsmarge die de lidstaten bij deze bepalingen was gelaten.[99] In de zaak *Muñoz* heeft het Hof van Justitie vervolgens overwogen dat de naleving van bepalingen die kwaliteitsnormen inhouden in de verordeningen inzake de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit,[100] 'moet kunnen worden verzekerd' in een civiel proces van een marktdeelnemer tegen een concurrent.[101] De zaak wordt hier kort uiteengezet gezien de relevantie ervan voor het onderhavige onderzoek.

Aanleiding voor de *Munoz* uitspraak was de verkoop van tafeldruiven onder de naam 'White seedless, Sult en Coryn' op de Engelse markt door Frumar en moedermaatschappij Redbridge. Het Spaanse Muñoz en moedervennootschap Fruiticola, die ook druiven in het Verenigd Koninkrijk verkochten, klaagden bij het Engelse *Horticultural Marketing Inspectorate* (hierna: *HMI*) over de verkoop door Frumar en Redbridge, omdat de druiven van laatstgenoemden verkeerd genaamd zouden zijn; het zou gaan om Superior Seedless druiven. Frumar en Redbridge zouden met de verkeerde benaming het Unierecht schenden, in het bijzonder de verordeningen inzake de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit.[102] Het *HMI* ondernam

---

Volledigheidshalve zij hier ook gewezen op de aanwijzingen die de Wereldgezondheidsorganisatie geeft opgesteld voor de gezondheidstoestand aan boord van vliegtuigen. Zie 'Tuberculosis and air travel. Guidelines for prevention and control', te raadplegen op http://www.who.int/tb/publications/2008/WHO_HTM_TB_2008.399_eng.pdf.

98 P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 190.

99 Hof van Justitie EG 11 januari 2001, C-403/98 (*Azienda Agricola Monte Arcosu t. Regione Autonoma della Sardegna*).

100 Verordening (EEG) nr. 1035 /72 van de Raad van 18 mei 1972 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit en Verordening (EG) nr. 2200/96 van de Raad van 28 oktober 1996 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit.

101 Hof van Justitie EG 17 september 2002, C-253/00 (*Muñoz).* Zie: P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 190; 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 2015/10, nr. 197. En ook: A. Biondi, 'Case C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia, Superior Fruiticola SA* v. *Frumar Ltd, Redbridge Produce Marketing Ltd*, Judgment of the Full Court of 17 September 2002, [ECR] 2002 I-7289', *Common Market Law Review* 2003, p. 1241-1250.

102 Verordening (EEG) nr. 1035 /72 van de Raad van 18 mei 1972 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit en Verordening (EG) nr. 2200/96 van de Raad van 28 oktober 1996 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit.

geen actie, waarop Muñoz en Fruiticola een verbodsactie bij het *High Court of Justice* (*England & Wales*) instelden. Het *High Court of Justice* wees deze vordering evenwel af. Daartoe besliste de *Court* weliswaar enerzijds dat Frumar en Redbridge met de verkoop onder onjuiste benaming kwaliteitsnormen zoals neergelegd in de verordeningen, hadden geschonden, maar anderzijds dat deze verordeningen niet aan producenten het recht toekennen om bij schending daarvan een civielrechtelijke vordering in te stellen.[103] In de procedure van het hoger beroep heeft het *Court of Appeal* (*England & Wales*) vervolgens een prejudiciële vraag aan het Europese Hof van Justitie voorgelegd. Het Europese Hof is de vraag voorgelegd of de genoemde verordeningen aan particulieren verplichtingen opleggen, alsook de vraag of de rechter op de naleving van die verplichtingen behoort toe te zien in een civielrechtelijke procedure die is ingesteld door een particulier die 'een belangrijk teler van de betrokken fruit- of groentesoort in de gemeenschap is.' [104] Het Europese Hof beantwoordt beide vragen bevestigend in de hiernavolgende bewoordingen:

> '27. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens de bewoordingen van artikel 189, tweede alinea, EG-Verdrag [thans artikel 288 VWEU, AK], een verordening een algemene strekking heeft en rechtstreeks toepasselijk is in elke lidstaat. Derhalve kan zij, wegens haar aard en functie in het stelsel van de communautaire rechtsbronnen, aan particulieren rechten verlenen die de nationale rechter gehouden is te beschermen […].
>
> 28. De nationale rechterlijke instanties die in het kader van hun bevoegdheden belast zijn met de toepassing van de bepalingen van gemeenschapsrecht, dienen de volle werking van deze bepalingen te verzekeren […].
>
> 29. Dienaangaande zij opgemerkt dat, zoals blijkt uit de vierde overweging van de considerans van verordening nr. 1035/72, de toepassing van de gemeenschappelijke kwaliteitsnormen tot doel heeft dat producten van ontoereikende kwaliteit van de markt verdwijnen, dat de productie aldus wordt gericht dat aan de eisen van de consument wordt voldaan, en dat de handelsbetrekkingen worden vergemakkelijkt op basis van eerlijke mededinging. Deze doelstelling wordt bevestigd in de derde overweging van de considerans van verordening nr. 2200/96, volgens welke de indeling van de producten in klassen op basis van verplichte gemeenschappelijke kwaliteitsnormen enerzijds een referentiekader beoogt te vormen waardoor het handelsverkeer eerlijker verloopt en de markt doorzichtiger wordt, en anderzijds beoogt producten van ontoereikende kwaliteit van deze markt te doen verdwijnen. De twintigste overweging van de considerans van dezelfde verordening preciseert dat de regels van de gemeenschappelijke marktordening door alle betrokken marktdeelnemers moeten worden nageleefd, wil men voorkomen dat de regeling wordt uitgehold.
>
> 30. Bijgevolg moet worden overwogen, dat omwille van de volle werking van de regeling inzake kwaliteitsnormen en, in het bijzonder, het nuttig effect van de in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1035/72 én verordening nr. 2200/96 neergelegde verplichting, vereist is dat de naleving van deze verplichting kan worden verzekerd in een civiel proces tussen een marktdeelnemer en zijn concurrent.
>
> 31. Een dergelijke mogelijkheid vergemakkelijkt namelijk de toepassing van de gemeenschapsregeling inzake kwaliteitsnormen. Zij vormt een aanvulling op de maatregelen van

103 Hof van Justitie EG 17 september 2002, C-253/00, onder 22 (*Muñoz).*
104 Hof van Justitie EG 17 september 2002, C-253/00, onder 23 (*Muñoz).*

> de instanties die door de lidstaten zijn aangewezen om de in deze regeling bedoelde verificaties te verrichten, en helpt aldus gedragingen te ontmoedigen die vaak moeilijk op te sporen zijn en de mededinging kunnen vervalsen. Vanuit dit oogpunt zijn de vorderingen die door concurrerende marktdeelnemers bij de nationale rechterlijke instanties worden ingesteld zeer geschikt om wezenlijk bij te dragen tot de eerlijkheid van het handelsverkeer en de doorzichtigheid van de markten in de Gemeenschap.'[105]

Het Europese Hof van Justitie beslist in het algemeen dat een verordening – in aanvulling op bij de verordening voorgeschreven handhavingsmaatregelen – aan particulieren rechten kan verlenen die de nationale rechter dient te beschermen. Voor deze zaak in het bijzonder oordeelt het Hof dat het waarborgen van de verplichting uit de groenten en fruit verordeningen in de civiele procedure tussen de marktdeelnemer en de concurrent noodzakelijk is ter wille van de volle werking van de Europese regeling en het nuttig effect van de concrete bepalingen.

Biondi wijst erop dat uit het *Muñoz* arrest volgt dat, ook als in een verordening is aangegeven hoe de regeling moet worden gehandhaafd, een gekozen vorm van publieke handhaving niet belemmert dat ook particulieren via een civiele procedure bijdragen aan de handhaving van de verordening.[106] Dat zou anders kunnen zijn als met de regeling van de handhaving zoals die in de verordening is getroffen, is beoogd de handhaving exclusief te reguleren; als, anders gezegd, de verordening expliciet geen ruimte laat voor private handhaving.[107] Biondi wijst op de verschillende kernvragen die in het arrest van het Hof van Justitie te herkennen zijn en die leiden naar een antwoord op de vraag of een bepaling in een verordening in een civiele procedure kan worden gehandhaafd. Deze kernvragen zijn: (1) wat is het doel van de verordening?; (2) is de vraag reeds eerder in jurisprudentie aan de orde geweest?; (3) wat houden de desbetreffende bepalingen zoals neergelegd in de verordening in?; (4) schrijft de verordening expliciet exclusief een wijze van handhaving voor?[108] Deze vragen zijn ook leidend voor de hiernavolgende bespreking van de verplichtingen die uit de REACH-verordening en de Biocidenverordening voortvloeien en de wijze waarop die verplichtingen het aansprakelijkheidsrecht beïnvloeden.

5.5.2 Betekenis van de REACH-verordening voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding

De *Regulation on Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals* (REACH)[109] is een verordening die, zo blijkt uit artikel 1, tot doel heeft:

---

105 Hof van Justitie EG 17 september 2002, C-253/00, onder 27-31 (*Muñoz).*

106 A. Biondi, 'Case C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia, Superior Fruiticola SA* v. *Frumar Ltd, Redbridge Produce Marketing Ltd*, Judgment of the Full Court of 17 September 2002, [ECR] 2002 I-7289', *Common Market Law Review* 2003, p. 1246. Zie ook de conclusie van A-G Geelhoek die opmerkte dat het er in de kern om gaat 'vast te stellen of en zo ja onder welke omstandigheden een particulier bij de civiele rechter kan afdwingen dat een andere particulier het gemeenschapsrecht naleeft, zulks terwijl er krachtens publiekrecht een controle-instantie bestaat die geen reden ziet aan de schending van het gemeenschapsrecht een eind te maken.' Conclusie van A-G Geelhoek van 13 december 2001 voor Hof van Justitie EG 17 september 2002, C-253/00, onder 2 (*Muñoz*).

107 A. Biondi, 'Case C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia, Superior Fruiticola SA* v. *Frumar Ltd, Redbridge Produce Marketing Ltd*, Judgment of the Full Court of 17 September 2002, [ECR] 2002 I-7289', *Common Market Law Review* 2003, p. 1246.

108 A. Biondi, 'Case C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia, Superior Fruiticola SA* v. *Frumar Ltd, Redbridge Produce Marketing Ltd*, Judgment of the Full Court of 17 September 2002, [ECR] 2002 I-7289', *Common Market Law Review* 2003, p. 1247.

109 Verordening (EG) nr. 1907/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006 inzake de registratie en beoordeling van en de autorisatie en beperkingen ten aanzien van chemische stoffen (REACH), tot oprichting van een Europees Agentschap voor chemische stoffen, houdende wijziging van Richtlijn 1999/45/EG en houdende intrekking van Verordening (EEG) nr. 793/93 van de Raad en Verordening (EG) nr. 1488/94 van de Commissie alsmede Richtlijn 76/769/EEG van de Raad en de Richtlijnen 91/155/EEG, 93/67/EEG, 93/105/EG en 2000/21/EG van de Commissie.

> 'een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de mens en het milieu, inclusief de bevordering van alternatieve beoordelingsmethoden voor gevaren van stoffen, alsmede het vrije verkeer van stoffen op de interne markt te waarborgen en tegelijkertijd het concurrentievermogen en de innovatie te vergroten.'

Om dat doel te bereiken legt de verordening verplichtingen op aan fabrikanten en importeurs van in de verordening omschreven stoffen die zien op de registratie en beoordeling van en de autorisatie en beperkingen ten aanzien van chemische stoffen.

Een zoekactie via *Curia* leidt niet naar arresten van het Europese Hof van Justitie waarin de toepassing van bepalingen in de verordening in civiele procedures aan de orde is geweest. Het mag aldus worden aangenomen dat het Hof van Justitie zich nog niet voor de vraag heeft gezien wat de betekenis is van de bepalingen in de REACH-verordening in een civiele procedure.

Titel XIV REACH-verordening draagt de titel 'Handhaving' en behelst een drietal artikelen waarin 'taken van de lidstaten', 'sancties' en 'verslaglegging' zijn geregeld. De handhavingtitel sluit niet expliciet uit dat de handhaving geschiedt door particulieren in civiele procedures, maar bepaalt dat lidstaten sancties vaststellen die doeltreffend, evenredig en ontmoedigend zijn en dat lidstaten alle nodige maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de sancties worden toegepast.[110] Privaatrechtelijke handhaving is dus niet uitgesloten, mits de bepalingen waarop in een concreet geval in een civielrechtelijke procedure een beroep wordt gedaan zich ertoe lenen rechtstreeks te werken.

De Nederlandse aanpak van de uitvoering van de REACH-verordening is een gecombineerde strafrechtelijke en bestuursrechtelijke via de Wet Milieubeheer, de Algemene wet bestuursrecht en de Wet economische delicten. Nederland handhaaft dus via strafrecht en bestuursrecht met strafrechtelijke (gevangenisstraf, geldboete) en bestuursrechtelijke sancties (last onder dwangsom, bestuursdwang, bestuurlijke boete). De civielrechtelijke weg is daarmee niet afgesloten, maar – zo blijkt uit de memorie van toelichting bij de Uitvoeringswet EG-verordening registratie, evaluatie en autorisatie van chemische stoffen (REACH) – uitdrukkelijk opengelaten. De wetgever overweegt in de toelichting bij de strafrechtelijke handhavingsmaatregelen namelijk:

> 'Indien bedrijven in een SIEF of in een vergelijkbare verhouding jegens elkaar hun verplichtingen ingevolge REACH niet nakomen, moeten zij zich volgens de systematiek van REACH tot de bevoegde burgerlijke rechter wenden. Het is niet de bedoeling van de Europese wetgever geweest dat ook strafrechtelijk kan worden opgetreden. In een dergelijke relatie tussen bedrijven is de gezondheid van de mens niet direct in het geding. Het gaat vooral om het delen van informatie en samenwerken bij het doen van proeven teneinde herhalingen van proeven te voorkomen. Alleen voor zover het dierproeven betreft is er wel een reden om strafrechtelijke handhaving mogelijk te maken. Zo nodig is altijd bestuursrechtelijke handhaving mogelijk, voor zover het een in Nederland gevestigd bedrijf betreft. Voor de uitvoering van de REACH-verordening is jaarprogramma handhaving [111] en een sanctiestrategie opgesteld waarin handhaving en sanctionering verder zijn uitgewerkt.'[112]

110 Artikel 126 REACH-verordening.

111 Samenwerkingsverband Handhaving REACH en CLP, *Jaarprogramma 2014. Handhaving REACH en CLP*, 2014 <https://www.ilent.nl/Images/Jaarprogramma%20Handhaving%20REACH%20en%20CLP%202014%20definitief%20(2)_tcm334-349890.pdf>.

112 *Kamerstukken II* 2005/06, 30600, nr. 3 (MvT).

De wetgever laat dus uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat bedrijven elkaar in een civielrechtelijke procedure aanspreken wegens het niet nakomen van verplichtingen uit REACH.

5.5.3 Betekenis van de Biocidenverordening voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding

De Biocidenverordening[113] heeft de Biocidenrichtlijn per 1 september 2013 vervangen en heeft, blijkens artikel 1, tot doel:

> '[…] de werking van de interne markt te verbeteren door de regels voor het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden te harmoniseren en tegelijk een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van mensen en dieren en van het milieu te waarborgen. De bepalingen van deze verordening stoelen op het voorzorgsbeginsel, dat tot doel heeft de gezondheid van mensen en dieren en het milieu veilig te stellen. Er wordt bijzondere aandacht besteed aan de bescherming van kwetsbare groepen.'

De verordening stelt daartoe onder meer regels voor het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden in één of meer lidstaten van de Unie en voor het in de handel brengen van behandelde voorwerpen.[114]

Een zoekactie via *Curia* leidt niet naar arresten van het Hof van Justitie waarin de toepassing van bepalingen in de verordening in civiele procedures aan de orde is geweest. Het mag aldus worden aangenomen dat het Hof van Justitie nog niet de vraag is voorgelegd wat de betekenis is van de bepalingen in de Biocidenverordening in een civiele procedure.

De Biocidenverordening omvat geen titel inzake de handhaving, zoals de REACH-verordening die wel heeft. Voor wat betreft de sanctionering van schendingen van de verordening bepaalt artikel 87 van de Biocidenverordening dat de lidstaten sancties dienen vast te stellen en er zorg voor dienen te dragen dat de sancties worden uitgevoerd. De sancties moeten, evenals de sancties die gepaard gaan met schending van de REACH-verordening, doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn.

In Nederland is gevolg gegeven aan de Biocidenverordening met een wijziging van de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden (hierna: Wgb). Met deze wet was reeds de vervangen Biocidenrichtlijn geïmplementeerd. In de wet is onder meer geregeld hoe de sanctionering en de handhaving van de materiele normen uit de verordening geschieden. Ook hier is sprake van een gecombineerde aanpak, met expliciete aandacht voor privaatrechtelijke handhaving. De memorie van toelichting bij het oorspronkelijke voorstel van de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden vermeldt het volgende over de 'mix van handhavingsinstrumenten':

> 'De nadruk komt op bestuurlijke boetes te liggen; het strafrecht dient als vangnet. Daarnaast worden waar mogelijk ook andere bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke middelen ingezet.'[115]

---

113 Verordening (EU) nr. 528/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 betreffende het op de markt aanbieden en het gebruik van biociden.

114 Artikel 1 lid 2 sub d en e Biocidenverordening.

115 *Kamerstukken II* 2005/06 30474, nr. 3 (MvT).

Onder het kopje 'civielrechtelijke handhaving' voorziet artikel 88 Wgb in een voorziening voor het verhalen van schade. Ingevolge deze bepaling kan een overheidslichaam de te zijnen laste komende kosten van beheer, verwijdering of vernietiging van gewasbeschermingsmiddelen of biociden verhalen op de veroorzaker. De bepaling maakt het de overheid gemakkelijker, aldus de wetgever, om de kosten via privaatrechtelijke weg te verhalen; 'met name is niet vereist dat er sprake moet zijn geweest van onrechtmatig handelen op het tijdstip waarop de kosten zijn gemaakt.'[116] De wetgever wijst daarbij voorts nog op artikel 18 (oud) Wgb (thans: artikel 2a), welk artikel een (concrete) zorgplicht inhoudt. Dat artikel bepaalt namelijk:

> 'Een ieder is verplicht op zorgvuldige wijze om te gaan met gewasbeschermingsmiddelen, biociden, de daarbij behorende werkzame stoffen of daarbij gebruikte toevoegingsstoffen, alsmede restanten daarvan of de aangebroken verpakkingen. Die zorgvuldigheid houdt in ieder geval in, dat een ieder, die weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat door zijn handelen of nalaten gevaar ontstaat of kan ontstaan voor een mens, voor een dier of voor planten waarvan de instandhouding gewenst is, voor planten die aan anderen toebehoren, voor de bodem of voor het water, verplicht is dergelijk handelen achterwege te laten, tenzij zulks in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd, dan wel onverwijld alle maatregelen te nemen die redelijkerwijs van hem kunnen worden gevergd teneinde voornoemd gevaar te voorkomen of de nadelige gevolgen daarvan te beperken en zoveel mogelijk ongedaan te maken.'

De zorgplicht is volgens de wetgever een algemeen geformuleerde gedragsnorm die de individuele verantwoordelijkheid markeert en ruimte biedt voor diversiteit en dynamiek; deze zorgplicht laat specifieke verplichtingen en verbodsbepalingen uit andere wetten onverlet.

Uit de Nederlandse wetgeving is niet af te leiden dat de wetgever privaatrechtelijke handhaving buiten de in de wet genoemde wijze heeft willen uitsluiten. Sterker: niet valt in te zien waarom de zorgplicht niet (mede) strekt tot bescherming van individuen die in bepaalde situaties schade lijden door gedragingen die in strijd zijn met de zorgplicht.

5.5.4 Concretisering van de voornoemde betekenis van EU-recht voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding

Verordeningen zoals de REACH-verordening en de Biocidenverordening leggen private actoren verplichtingen op. Een schending van één van deze verplichtingen kan door een overheidsinstantie worden gesanctioneerd, afhankelijk van de omstandigheden van het geval op bestuursrechtelijke, strafrechtelijke of privaatrechtelijke wijze, overeenkomstig de desbetreffende wettelijke uitvoeringsbepalingen. Zoals uit het bovenstaande volgt, kunnen in beginsel ook private actoren onderling elkaar aanspreken op de uit de verordening voortvloeiende zorgplichten.

Verordeningen zoals de REACH-verordening en de Biocidenverordening kleuren de zorgplichten die private actoren in bepaalde situaties hebben, nader in. Zij formuleren bepaalde gedragsnormen. Door deze concrete gedragsnormen te plaatsen in de sleutel van de schadevoorkomingsplicht verworden ze tot rechtens afdwingbare verplichtingen, ook als de niet-naleving daarvan nog niet tot schade heeft geleid.

Sterker nog, het preventieve aspect staat hier voorop. Immers, dat mede door dergelijke verordeningen verantwoordelijkheid wordt bepaald, betekent op zichzelf nog niet dat een enkele

116 *Kamerstukken II* 2005/06 30474, nr. 3 (MvT), p. 38-39.

schending van een bepaling uit een verordening ook een aansprakelijkheid voor opgetreden schade impliceert. Daarvoor is meer nodig. Dit laat zich aan de hand van een concreet, uit de praktijk gegrepen, voorbeeld illustreren.

De Europese Verordening Overbrenging Afvalstoffen (EVOA) reguleert de toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen van de ene lidstaat naar de andere binnen de EU op zodanige wijze dat rekening wordt gehouden met beschermingseisen van volksgezondheid en milieubescherming.[117] Zoals een aantal jaren geleden in het nieuws kwam, zijn als gevolg van sluikhandel waarbij afvalstoffen zijn vervoerd zonder de onder de EVOA vereiste kennisgeving, na doorverkoop en vermenging hormonen in veevoer terecht gekomen en zijn duizenden varkens geruimd. De schade voor de overheid en de varkenssector was aanzienlijk. Er is strafrechtelijk opgetreden en veroordelingen hebben plaatsgevonden. Particuliere partijen, echter, die middels het aansprakelijkheidsrecht geleden schade vergoed willen zien van die private partijen die de regels van de verordening hebben geschonden, worden met verscheidene juridische verweren om de oren geslagen. De bevoegdheid van de aangezochte rechter wordt betwist en ook volgt een discussie over de vraag welk recht toepassing behoort te krijgen. Het verband tussen het economische belang waarop de particulier zich beroept en de bescherming die de geschonden bepaling van de verordening naar inhoud en strekking beoogt te bieden (hier: bescherming van het milieu en de volksgezondheid) zou ontbreken. Deswege zou niet voldaan zijn het aan vereiste van relativiteit. Het bestaan van een causaal verband tussen de schending van de EVOA en de uiteindelijke schade wordt ten stelligste betwist; een andere schakel in de lange causale keten zou de directe oorzaak zijn. Bovendien is ook het handelen van de benadeelde partij zelf een noodzakelijke voorwaarde voor het intreden van diens schade geweest, reden waarom een eventuele schadevergoedingsplicht zou moeten afketsen op de eigen schuld. Een vordering tot nakoming van een uit EVOA voortvloeiende gedragsnorm heeft, samenvattend, beduidend minder voeten in aarde dan een vordering tot vergoeding van schade die is opgetreden nadat een dergelijke gedragsnorm is geschonden.

Deze blik op de Europeesrechtelijke context van het veiligheidsbeleid brengt aldus opnieuw de waarde van de schadevoorkomingsplicht aan het licht. Zoals ook in hoofdstuk 4 aan de orde is gesteld, kent een evenwichtige verdeling van verantwoordelijkheid via de weg van *ex post*-schadevergoedingsclaims meerdere obstakels. Een deel van die obstakels kan met de inzet van de *ex ante*-schadevoorkomingsplicht worden ontweken. Daarbij komt dan nog dat een schadevoorkomingsactie daadwerkelijk kan verhinderen dat een bepaalde schade intreedt, terwijl een schadevergoedingsactie een onomkeerbare schade slechts kan doen verplaatsen.

5.6 EUROPEESRECHTELIJKE BEGRENZING VAN DE PRIVAATRECHTELIJKE ZORGPLICHT

5.6.1 Ter inleiding

Daar waar Europees recht ten grondslag ligt aan bepaalde regels, dient acht te worden geslagen op de interpretatie van dat recht op Europees niveau. Nationale regels mogen geen afbreuk doen aan de effectiviteit van het Unie recht. Dit betekent – in ieder geval in theorie – dat Europees recht niet alleen nader invulling kan geven aan de privaatrechtelijke zorgplichten van private

[117] Verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen.

actoren (zoals in de vorige paragraaf aan de orde kwam), maar ook dat het deze kan begrenzen. Ik zal dat hieronder toelichten aan de hand van het productaansprakelijkheidsrecht.

De redengeving voor mijn keuze deze kwestie met behulp van het productaansprakelijkheidsrecht te concretiseren is tweeërlei. Ten eerste is productveiligheid een voor het ministerie van IenM uiterst relevant beleidsthema, hetgeen ook blijkt uit het verzoek van het ministerie om in het kader van het onderhavige onderzoek specifiek aandacht te besteden aan de verantwoordelijkheid voor de risico's verbonden aan de zelf rijdende auto. Ten tweede speelt de hier bedoelde kwestie van begrenzing van nationaal privaatrecht alleen daar waar de Europese regelgeving een volledige harmonisatie heeft beoogd. Welnu ten aanzien van de risico aansprakelijkheid van de producent voor schade die wordt veroorzaakt door gebrekkige producten, is inderdaad volledige harmonisatie beoogd, terwijl de Europese regelgever op veel andere terreinen van het privaatrecht lange tijd de voorkeur aan minimum harmonisatie heeft gegeven.[118]

5.6.2 Productaansprakelijkheid Europees bepaald

5.6.2.1 Aanleiding

De aansprakelijkheid van producenten voor schade veroorzaakt door op de markt gebrachte producten, is een Europeesrechtelijk aansprakelijkheid die het nationale recht aanvult. Europees initiatief op het gebied van productaansprakelijkheid nam een aanvang in de zomer van 1968. Aanleiding voor de belangstelling op dit terrein was het Softenon drama; een internationale golf van geboorteafwijkingen veroorzaakt door een als kalmeringsmiddel op de markt gebracht medicijn. Het werkte als een katalysator voor de publieke bewustwording rond het vraagstuk van de productaansprakelijkheid en gaf politieke urgentie aan het zoeken naar een juridische oplossing. Tezamen met de horrorverhalen over Amerikaanse productaansprakelijkheid vormde dit het startschot voor Europees activisme op het terrein van productaansprakelijkheid dat tot op heden voortduurt. Het resultaat is de Europese Richtlijn productaansprakelijkheid, die – zoals in paragraaf 5.4 reeds is aangestipt – intussen fungeert als integraal onderdeel van het steeds stringenter wordende Europees productveiligheidsbeleid.

5.6.2.2 Inhoud in vogelvlucht

De richtlijn belast de producent met aansprakelijkheid voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product. Als producent wordt aangemerkt de fabrikant van een eindproduct, grondstof of onderdeel, de importeur in de Europese Economische ruimte, alsmede eenieder die zich als producent presenteert door zijn naam of merk op het product aan te brengen. Als niet kan worden vastgesteld wie de producent van het product is, wordt elke leverancier van het

118 De methode van volledige harmonisatie is vooral in de beginperiode van het harmonisatieprogramma van de Unie gebruikt, maar daarna heeft de Europese regelgever de voorkeur aan minimumharmonisatie gegeven. Op vermogensrechtelijk terrein was het tot voor kort bewust beleid van de Europese Commissie om voor regelgeving het instrument van de richtlijn met minimumkarakter te gebruiken. Daarbij voerde een verticale benadering, bedoeld om specifieke oplossingen voor specifieke problemen te bieden, de boventoon. Deze werkwijze heeft tot versnipperde regelgeving geleid. De Commissie acht deze wetgevingsaanpak niet langer dienstig en aangepast aan de tijd. Recente verbintenissenrechtelijke richtlijnen zijn daarom gebaseerd op het principe van een volledige harmonisatie en ademen een meer geïntegreerde horizontale benadering. Zie verder A.L.M. Keirse, 'Europeanisering van verbintenissenrecht', in: A.L.M. Keirse & P.M. Veder, *Europeanisering van vermogensrecht*, Kluwer: Deventer 2010.

product als producent ervan beschouwd, tenzij deze de gelaedeerde binnen een redelijke termijn de identiteit meedeelt van de producent, de importeur of degene die hem het product heeft geleverd. Een product is gebrekkig indien het niet de veiligheid biedt die daarvan, alle omstandigheden in aanmerking genomen, mag worden verwacht. Voor aansprakelijkheid is niet vereist dat de producent met het gebrek bekend was of had kunnen zijn, noch dat hem enig verwijt kan worden gemaakt. Wel omvat artikel 7 van de richtlijn een opsomming van een zestal uitzonderingen op de regel dat de producent aansprakelijk is voor een gebrek in zijn gebrek en beschikt de producent daarnaast over een aantal in de richtlijn besloten liggende verweermiddelen. Zo kan de producent aan aansprakelijkheid ontkomen als hij aantoont dat het gezien de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop het product in het verkeer werd gebracht, onmogelijk was het gebrek te ontdekken. Aan de andere kant staat het de lidstaten vrij om een dergelijk verweer van ontwikkelingsrisico in de nationale wetgeving uit te sluiten. Het regime van productaansprakelijkheid geldt in het algemeen bij personenschade, doch bij zaakschade slechts voor zover het schade van de particulier betreft, waarbij bovendien ter voorkoming van bagatelzaken een franchise van € 500 geldt. Voor wat betreft verdergaande limitering van aansprakelijkheid laat de richtlijn de individuele lidstaten enige ruimte voor het voeren van een eigen beleid. De richtlijn biedt namelijk de optie om de aansprakelijkheid voor personenschade te beperken tot een minimum van zeventig miljoen euro per serieschade, dat wil zeggen schade veroorzaakt door identieke artikelen die hetzelfde gebrek vertonen. Landbouwgrondstoffen en producten van de jacht waren in beginsel van de werking van de richtlijn uitgesloten.[119] Echter, naast de mogelijke uitsluiting van het ontwikkelingsrisicoverweer en de keuzemogelijkheid van een financiële limitering van aansprakelijkheid gaf de richtlijn de lidstaten aanvankelijk als derde en laatste optie de mogelijkheid deze uitzondering voor onbewerkte landbouwproducten en producten van de jacht naast zich neer te leggen. De BSE affaire vormde aanleiding om hierop terug te komen. In 1997 verzocht het Europees Parlement de Commissie om een wijzigingsvoorstel te doen.[120] Dit leidde tot richtlijn 1999/34/EG van 10 mei 1999 welke de lidstaten verplicht om de geïmplementeerde regeling inzake productaansprakelijkheid eveneens te laten gelden voor landbouwproducten en producten van de jacht. De ratio van deze wijziging was mede om het geschonden vertrouwen van de consumenten in landbouwproducten te herstellen.

5.6.2.3 Implementatie

Ingevolge artikel 19 van de richtlijn dienden de lidstaten hun wetgeving aan te passen binnen een termijn van drie jaren na de datum van kennisgeving. Deze termijn eindigde op 30 juli 1988. Het Verenigd Koninkrijk, Griekenland en Italië hebben deze termijnstelling gehaald. De overige lidstaten hebben in meer of mindere mate te laat gevolg gegeven aan deze eis van implementatie. Het Nederlandse recht is aangepast bij Wet van 13 september 1990,[121] inwerking getreden op 1 november 1990.[122] Dit heeft geresulteerd in de artikelen 1407a-j van het Oud Burgerlijk Wetboek, na inwerkingtreding van Boek 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek per 1 januari 1992 vervangen door de artikelen 6:185-6:193 van het Burgerlijk Wetboek.

---

119 Onder landbouwgrondstoffen worden verstaan producten van de bodem, van de veefokkerij en van de visserij, met uitzondering van producten die een eerste be- of verwerking hebben ondergaan.

120 General Food Law (GFL), PbEG 1997, C-337/54.

121 Stb. 1990, 487.

122 Koninklijk besluit van 9 oktober 1990, Stb. 1990, 690.

Nederland heeft de tekst van de richtlijn bijna woordelijk in zijn wetgeving opgenomen. De Nederlandse wetgever heeft daarbij bewust de weg opengelaten voor latere interpretatie van de tekst van de richtlijn op Europees niveau, met name door het Hof van Justitie. Daarom geven de Nederlandse Toelichting en Memorie van Antwoord slechts een voorzichtige, vrijblijvende omschrijving van de begrippen die in de richtlijn niet nader worden gedefinieerd. Bij de uitleg van het op de Europese richtlijn gebaseerde nationale recht moet de rechter de uitleg die het Hof van Justitie aan de richtlijn geeft volgen, ook als het rechtszaken betreft die in andere landen spelen. Interpretatievragen zullen uiteindelijk moeten worden beslecht door het Europese Hof van Justitie.

Onderscheid moet worden gemaakt tussen begrippen die in de richtlijn worden gedefinieerd en begrippen waarvoor dat niet geldt. Eerstgenoemde moeten 'autonoom', dat wil zeggen Europees, worden uitgelegd. De nationale rechter kan daar- aan dus niet zijn eigen interpretatie geven. Voor begrippen die niet in de richtlijn worden gedefinieerd, geldt dat op nationaalrechtelijke leest geschoeide interpretatie in beginsel wél geoorloofd is. Doch zelfs in die laatste gevallen verdwijnt het Europese recht niet geheel naar de achtergrond. De nationale regels mogen geen afbreuk doen aan de effectiviteit van de richtlijn.[123]

5.6.2.4 Aard van de harmonisatie

Een belangrijke vraag – die ook aanleiding heeft gegeven tot een drietal procedures die op 25 april 2002 door het Europese Hof van Justitie zijn beslist – is of de richtlijn voorziet in harmonisatie op een minimumniveau dan wel in volledige harmonisatie. In het eerste geval behoudt de nationale wetgever de bevoegdheid consumenten een verder reikende bescherming ter zake van productaansprakelijkheid te geven dan die waarin de richtlijn voorziet. Nationale wetgeving die aan de richtlijn vooraf gaat en die aan de consument meer bescherming biedt dan de richtlijn, zoals de oude Spaanse wet deed, kan dan in stand blijven. Daarnaast zou het de nationale wetgever zijn toegestaan om bij de implementatie van de richtlijn of daarna een verdergaande regeling te treffen, zoals Frankrijk en Griekenland wilden. In de tweede hypothese is de nationale wetgever bij de omzetting van de richtlijn volledig gebonden aan de keuzes die de Europese regelgever daarin heeft gemaakt. Meer beschermende anterieure of posterieure nationale wetgeving is dan uitsluitend toegestaan voor zover de richtlijn uitdrukkelijk de ruimte daarvoor biedt. Welnu, het Hof van Justitie koos in laatstgenoemde zin: 'De richtlijn streeft voor de punten die zij regelt, een volledige harmonisatie na'. Lidstaten hebben, behoudens voor zover dit expliciet door de richtlijn wordt toegestaan, geen mogelijkheid om van de richtlijn af te wijken, ook niet ten voordele van de consument.[124]

5.6.2.5 Verhouding tot het overige Nederlandse recht

De richtlijn inzake productaansprakelijkheid, waarop de artikelen 6:185 e.v. van het Burgerlijk Wetboek zijn gebaseerd, beoogt harmonisatie van het productaansprakelijkheidsrecht binnen de

123 Vergelijk Hof van Justitie EU 20 november 2014, C-310/13 (*Novo Nordisk Pharma GmbH/S.*).

124 Hof van Justitie EG 25 april 2002, C-52/00, Jurispr. 2002, p. I-03827 (*Commissie/Frankrijk*); Hof van Justitie EG 25 april 2002, C-154/00, Jurispr. 2002, p. I-03879 (*Commissie/Helleense republiek*); Hof van Justitie EG 25 april 2002, C-183/00, Jurispr. 2002, p. I-030901 (*Gonzáles Sánchez/Medicina Asturiana*). Zie ook Hof van Justitie EG 10 januari 2006, C-402/03, Jurispr. 2006, p. I-00199, *Nederlandse Jurisprudentie* 2006/286 m.nt. M.R. Mok; Hof van Justitie EU 4 juni 2009, C-285/08, Jurispr. 2009, p. I-4733 (*Moteurs Leroy Somer/Dalkia France*) en Hof van Justitie EU 21 december 2011, C-295/10 (*CHU de Besancon/Dutrueux*).

reikwijdte van zijn werking. De richtlijn heeft daarmee tot op zekere hoogte een aanvullend karakter. De richtlijn strekt tot een volkomen harmonisatie van de risicoaansprakelijkheid van de producent voor schade die wordt veroorzaakt door gebrekkige producten. De richtlijn en het daarin besloten liggende doel van maximum harmonisatie laat een tweede of andere specifieke regeling inzake productaansprakelijkheid niet toe, maar dit verhindert niet dat de aansprakelijkheid van een producent kan worden gebaseerd op een andere algemeen geldende grondslag voor aansprakelijkheid die niet specifiek geldt voor schade door producten, mits aan de voorwaarden van die aansprakelijkheid is voldaan. Voor zover een lidstaat aansprakelijkheidsregelingen kent die op een andere, algemene grondslag zijn gebaseerd, blijft de benadeelde gerechtigd om ook op deze grondslag een vordering tegen de producent in te stellen. In de huidige vorm geeft de richtlijn een algemene, maar niet exclusieve basis voor vorderingen op grond van aansprakelijkheid voor schade door producten.

Dit blijkt ook uit de arresten van het Hof van Justitie in de Deense zaak Skov Æ/Bilka Lavprisvarehus en de Franse zaak CHU de Besancon/Dutrueux.[125] In eerstgenoemde zaak, waar het ging om aansprakelijkheid voor met salmonella geïnfecteerde eieren, hoefden de gedupeerde consumenten zich niet op basis van productaansprakelijkheid tot de oorspronkelijke producent te wenden, maar konden ze ook bij de aanbieder aankloppen voor schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Uit de tweede zaak blijkt dat de richtlijn evenmin belet dat de schadelijder, naast de producent, ook een dienstverlener kan aanspreken die in het kader van een dienstverrichting een gebrekkig product gebruikt, zelfs als het daarbij niet om een fout maar vergaande risico aansprakelijkheid gaat. De zaak betrof een patiënt die tijdens een chirurgische ingreep brandwonden opliep door een gebrekkige elektrische matras.

Voor het Nederlandse recht betekent deze aanvullende werking van de richtlijn dat de benadeelde naast de vordering op grond van artikel 6:185 e.v. van het Burgerlijk Wetboek, ook de vordering uit onrechtmatige daad tot zijn beschikking heeft, en daar waar sprake is van een contractuele verhouding tussen de schadelijdende partij en de producent, die uit wanprestatie. Ook valt te denken aan een vordering op grond van artikel 6:175 van het Burgerlijk Wetboek inzake de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen. Evenmin verzet de richtlijn zich tegen een aparte aansprakelijkheidsregeling van een dienstverlener, zolang deze regeling geen afbreuk doet aan de werking van de richtlijn. Dit betekent dat het voor de benadeelde en de dienstverrichter de mogelijkheid moet blijven bestaan om tegen de producent een aansprakelijkheidsvordering in te stellen op grond van de richtlijn inzake productaansprakelijkheid, indien aan de voorwaarden ervan is voldaan. Verwezen zij naar artikel 6:193 van het Burgerlijk Wetboek dat in navolging van artikel 13 van de richtlijn uitdrukkelijk bepaalt dat de regeling van artikel 6:185 e.v. van het Burgerlijk Wetboek andere mogelijkheden om tot genoegdoening te komen door middel van het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht onverlet laat.

5.6.2.6 Verhouding tot de schadevoorkomingsplicht

In het kader van de toepassing van het productaansprakelijkheidsrecht zijn in de rechtspraak zorgplichten geformuleerd die een producent in acht te nemen heeft. Ofschoon deze plichten niet expliciet aldus zijn geduid kunnen ze als concretiseringen van de schadevoorkomingsplicht worden beschouwd, zoals hierboven in de hoofdstukken 2 en 3 is uitgelegd.

---

125 Hof van Justitie EG 10 januari 2006, C-402/03, Jurispr. 2006, p. I-00199, *Nederlandse Jurisprudentie* 2006/286 (*Skov Æ/Bilka Lavprisvarehus*); Hof van Justitie EU 21 december 2011, C-295/10 (*CHU de Besancon/Dutrueux*).

In het arrest *Koolhaas/Rockwool* bepaalde de Hoge Raad dat een fabrikant in het algemeen die maatregelen moet treffen die van hem, als zorgvuldig fabrikant, kunnen worden gevergd teneinde te voorkomen dat het door hem in het verkeer gebrachte product schade veroorzaakt.[126] Voorts moet een fabrikant zichzelf er van vergewissen welk effect een nieuw of vernieuwd product zal hebben in de voor de hand liggende toepassingen ervan. Bij een product met een gewijzigde samenstelling zal hij ten minste de afnemers van de wijziging op de hoogte moeten stellen. Op producenten die na uitgifte van hun producten op de hoogte geraken van ernstige gezondheidsrisico's verbonden aan hun producten, rust onder omstandigheden een voortdurende waarschuwingsplicht aan de gebruikers van hun producten over deze gevaren.[127]

De reikwijdte van deze op producenten rustende schadevoorkomingsplichten wordt door de Europese richtlijn inzake productaansprakelijkheid niet ingedamd maar onderschreven. De aansprakelijkheid van producenten voor gebreken in hun producten is streng, maar niet absoluut. Dit geldt onafhankelijk van de vraag of deze aansprakelijkheid in een concreet geval op het in de artikelen 6:185 e.v. van het Burgerlijk Wetboek neergelegde Europese regime is gebaseerd dan wel op een nationale regeling, zoals die van de onrechtmatige daad. Doorslaggevend is of het product de veiligheid biedt die gebruikers daarvan mogen verwachten.

Net zo min als de maatstaf voor *ex post*-aansprakelijkheid een absolute is, vergt de invulling van de schadevoorkomingsplicht een waarborg voor absolute veiligheid. Van de producent kan niet worden gevergd dat hij zo vergaande maatregelen treft dat daarmee is gegarandeerd dat het door hem in het verkeer gebrachte product absoluut veilig is in alle denkbare toepassingen ervan. De maat is niet absolute veiligheid, maar die veiligheid die op het moment van het in het verkeer brengen van het product mag worden verwacht in het licht van alle omstandigheden van het geval, waaronder de presentatie van het product, het redelijkerwijs te verwachten gebruik daarvan en het tijdstip waarop het in het verkeer werd gebracht.

5.7 SECTORSPECIFIEKE BEGRENZING VAN NATIONAAL AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT DOOR INTERNATIONAAL RECHT

5.7.1 Luchtvervoerrecht

Ter afsluiting van dit hoofdstuk wijs ik er volledigheidshalve op dat het internationale recht in bepaalde sectoren verder ingrijpt in het nationale aansprakelijkheidsrecht en een exclusieve werking kan toekomen. Dit geldt in het bijzonder voor het luchtvervoerrecht. Aangezien één van de in hoofdstuk 6 te behandelen *cases* – het klimaat in vliegtuigen – zich binnen het luchtvervoer afspeelt, zal ik in deze paragraaf kort ingaan op de dynamiek tussen de drie verschillende niveaus van regelgeving ten aanzien van luchtvervoer. Er bestaat internationaal verdragsrechtelijk, Europees en nationaal luchtvervoerrecht. Het internationaal verdragsrechtelijke niveau omvat het Verdrag van Chicago van 1944 – op welke basis de Internationale Burgerluchtvaartorganisatie (*International Civil Aviation Organization* (ICAO)) is opgericht – het Verdrag van Warschau van 1929 en het Verdrag van Montreal van 1999. Het Europese niveau van privaatrechtelijke bescherming van luchtreizigers wordt door verordeningen gevormd. [128] Het nationale

126 Hoge Raad 22 oktober 1999, *Nederlandse Jurisprudentie* 2000/159, r.o. 3.5 (*Koolhaas/Rockwool*).

127 Zie Hof Arnhem 9 augustus 2011, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2011/175 (*Klein Teeselink/Eternit*); Hof Arnhem 20 december 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BV0374 (*Rietman/Eternit*).

128 Verordening (EG) nr. 889/2002 van het Europees parlement en de Raad van 13 mei 2002 houdende wijziging van Verordening (EG) nr. 2027/97 van de Raad betreffende de aansprakelijkheid van luchtvervoerders bij ongevallen; Verordening (EG) nr. 261/2004 van het Europees parlement en de Raad van 11 februari 2004 tot vaststelling van gemeenschappelijke regels inzake compensatie en bijstand aan luchtreizigers bij instapweigering en annulering of langdurige

privaatrechtelijke luchtvervoerrecht is te vinden in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek. De begrenzing van de aansprakelijkheid voor luchtvervoerveiligheid wordt in het bijzonder bepaald door de wisselwerking tussen het Verdrag van Montreal, de Europese Verordening betreffende de aansprakelijkheid van luchtvervoerders bij ongevallen en de nationale regeling in Titel 16 van Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek. Daarom wordt deze wisselwerking hieronder in vogelvlucht geschetst.

5.7.2 Exclusiviteit van Montreal

De aansprakelijkheid voor ongevallen tijdens internationale vluchten tussen lidstaten wordt exclusief geregeld door het Verdrag van Montreal. Het verdrag kent een ruim toepassingsbereik. Bovendien verklaart de Europese verordening dit verdragsrechtelijke aansprakelijkheidsregime van toepassing op al het vervoer dat verricht wordt door Europese luchtvervoerders, ongeacht of dat vervoer zonder deze verwijzingsregel onder de toepasselijkheid van dat verdrag zou vallen. Daarenboven heeft de Nederlandse wetgever de in dit Verdrag neergelegde – voor internationale vluchten geldende – aansprakelijkheidsregels één-op-één overgenomen in het nationale recht.

Het aansprakelijkheidsregime van het Verdrag van Montreal kent niet alleen een zeer ruim toepassingsbereik, maar is ook passagiersvriendelijk.[129] Een belangrijke en voor dit onderzoek cruciale beperking is evenwel dat er sprake moet zijn van een ongeval, wil het ruime aansprakelijkheidsregime van toepassing zijn. Dit betekent dat een deel van de hierna te bespreken gevallen buiten de werking van dit Verdrag vallen. Zo is het optreden van een samenklontering van bloed in de bloedvaten als gevolg van langdurig stilzitten in een verkrampte houding geen ongeval als bedoeld in dit Verdrag.[130] Evenmin is het achterwege laten van een waarschuwing een ongeval. Daarenboven betekent het dat de verantwoordelijkheid voorafgaande en ter voorkoming van ongevallen niet zo zeer door dit Verdrag maar met name door het Europese en nationale recht wordt bepaald.

5.8 SAMENVATTENDE CONCLUSIES

➢ *Internationalisering en Europeanisering*

De speelruimte van de schadevoorkomingsplicht wordt mede ingekleurd door regelgeving van internationale en vooral Europese komaf. Het internationale en Europese legt gedragsnormen op en kan aldus nader invulling geven aan de privaatrechtelijke zorgplichten van private actoren. In theorie kan het internationale en Europese recht de schadevoorkomingsplicht ook begrenzen; internationaal recht kent immers een zekere voorrang boven nationaal recht en nationale regels mogen immers geen afbreuk doen aan de effectiviteit van het Unie recht. Feitelijk is het evenwel

vertraging van vluchten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 295/91; Verordening (EG) nr. 2111/2005 van het Europees parlement en de Raad van 14 december 2005 betreffende de vaststelling van een communautaire lijst van luchtvaartmaatschappijen waaraan een exploitatieverbod binnen de Gemeenschap is opgelegd en het informeren van luchtreizigers over de identiteit van de exploiterende luchtvaartmaatschappij, en tot intrekking van artikel 9 van Richtlijn 2004/36/EG; Verordening (EG) nr. 1107/2006 van het Europees parlement en de Raad van 5 juli 2006 inzake de rechten van gehandicapten en personen met beperkte mobiliteit die per luchtvervoer reizen.

129 Zie I. Koning, 'Letselschade en luchtreizen; onbeperkt en exclusief', in: J.M. Beer (red.), Verkenningen binnen het letselschaderecht, Den Haag: Sdu 2012, p. 57 e.v.

130 Deep Vein Thrombosis and Air Travel Group Litigation, HL 19, 20 October, 8 December 2005, [2006] 1 Lloyd's Rep., p. 231.

niet goed denkbaar dat de effectiviteit van het Unie recht wordt bedreigd door toepassing van de schadevoorkomingsplicht. Integendeel, de schadevoorkomingsplicht is feitelijk een privaatrechtelijk handhavingsmechanisme van materiele normen onafhankelijk van de komaf van die normen; zij kunnen nationaal of internationaal zijn, alsook privaatrechtelijk dan wel publiekrechtelijk van aard.

- *Beantwoording vierde onderzoeksvraag*

  - ✓ *Hoe verhoudt regulering via privaatrecht/aansprakelijkheidsrecht zich tot het karakter van de bestaande EU regelgeving (bijv. REACH-verordening en Biocidenverordening) die door hun rechtsbasis (artikel 114 VWEU) totale harmonisatie behelzen?*

De bestaande EU regelgeving geeft steun aan de schadevoorkomingsplicht. Diverse EU-regels leggen private actoren verplichtingen op. Schendingen van deze verplichtingen kunnen via publiekrechtelijke instrumenten worden gesanctioneerd. Daarnaast kunnen die verplichtingen ook worden gehandhaafd met behulp van de privaatrechtelijke schadevoorkomingsplicht. De concrete inhoud van de schadevoorkomingsverplichtingen kan van geval tot geval variëren en wordt soms mede bepaald door plichten en rechten internationale komaf.

6. CASUÏSTIEK

6.1 CASUÏSTIEK KLEURT IN

De schadevoorkomingsplicht kan in verschillende situaties en bij tal van soorten risico's een rol spelen. Een opsomming van de gevallen waarbij de schadevoorkomingsplicht tot toepassing komt, is daarmee praktisch niet doenlijk en zou ook buiten het bestek van dit onderzoek vallen. Nu het desalniettemin juist de casuïstiek is die een preciezer beeld mogelijk maakt van de schadevoorkomingsplicht, zal de werking van de schadevoorkomingsplicht in de hierna volgende paragrafen ter illustratie in een tweetal praktijkdossiers worden uitgewerkt.

6.2 KLIMAAT IN VLIEGTUIGEN

6.2.1 Aerotoxic syndrome en economy class syndrome

Het klimaat – in de ruime zin van het woord – in vliegtuigen is belangrijk, zowel in verband met de vliegveiligheid als de gezondheid van de inzittenden. Daarom zijn er regels over opgenomen in de internationale luchtvaartvoorschriften, besteden zowel fabrikanten als luchtvaartmaatschappijen hieraan aandacht, wordt er in veel landen over gepubliceerd, evalueert het Europese agentschap voor veiligheid van de luchtvaart (*European Aviation Safety Agency;* EASA) dit klimaat en is het een terugkerend thema op de agenda van het ministerie van IenM.

Bedreigingen van het klimaat in vliegtuigen die aandacht verdienen betreffen het zogenaamde *aerotoxic syndrome* en het *economy class syndrome.* Het eerstgenoemde syndroom betreft een risico voor de gezondheid van piloten en cabinepersoneel, en eventueel van *frequent flyers.* Het tweede behelst een risico voor reizigers, in het bijzonder voor passagiers die roken, zwanger zijn of de pil slikken, zwaarlijvige passagiers, passagiers die nog herstellende zijn van een operatie en passagiers met bloedverdikking, hartklachten of kanker.

Het *economy class syndrome* (ECS) is het optreden van een afsluiting in een bloedvat (trombose) als gevolg van langdurige immobilisatie en het verkrampt zitten in een vliegtuig waar gebrek aan bewegingsruimte en de relatieve droogte van de cabinelucht tot bloedverdikking en bloedstolling kunnen leiden. De schadelijke gevolgen kunnen bestaan uit zuurstofgebrek, pijn, duizeligheid, een longembolie, een hartinfarct, een beroerte en de dood. Naar verluidt vallen honderden slachtoffers per jaar, onder wie tientallen doden. Zoals desgewenst in het kader van een opdracht tot vervolgonderzoek kan worden uiteengezet, kan de inzet van de schadevoorkomingsplicht goede diensten bewijzen in de strijd tegen dit *economy class syndrome.*

De diensten die de schadevoorkomingsplicht kan bewijzen in het praktijkdossier van het *aerotoxic syndrome* worden hieronder in paragraaf 6.2.2 besproken.

6.2.2 Luchtkwaliteit in cockpit en cabine

6.2.2.1 TCP's

Reeds sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw worden zorgen geuit over de luchtkwaliteit van cockpit en cabine als gevolg van het vrijkomen van Tricresyl phosphaten, aangeduid onder de

verzamelnaam TCP's. Deze stoffen zitten in vliegtuigmotoroliën en komen mogelijk vrij bij de luchtcirculatie. Om het zuurstofniveau en de druk in het vliegtuig op peil te houden wordt lucht van buiten, via de motoren, naar binnen gepompt, zogenaamde *bleed-air*. Deze *bleed-air* kan stoffen uit de olie bevatten als gevolg van defecten in afdichtingen van de motoren of overvolle reservoirs. Als een sterk geurende – al dan niet zichtbare – rookwolk in de cockpit en cabine vrijkomt, mogelijk als gevolg van een breuk in een motorafdichting, spreekt met van een *fume event* en wordt gevreesd voor een piekblootstelling aan TCP's. Mogelijk worden de inzittenden van het vliegtuig ook onder normale operationele omstandigheden aan lage concentraties van TCP's blootgesteld.

Dit heeft geleid tot bezorgdheid over de hieraan verbonden gezondheidsrisico's voor piloten, cabinepersoneel en *frequent flyers*. Bekend is immers dat blootstelling aan hoge concentraties van bepaalde typen TCP's schadelijk is. Over de gevolgen van langdurige blootstelling aan lage concentraties TCP's heerst onzekerheid, maar in binnen- en buitenland wordt in de literatuur en in de media bericht dat piloten, cabinepersoneel en *frequent flyers* negatieve gezondheidseffecten oplopen als gevolg van de blootstelling aan de verontreiniging in de *bleed-air*. De combinatie van gezondheidsklachten die hiertoe wordt herleid, wordt aangeduid met de term *Aerotoxic syndrome*. Het omvat een serie aspecifieke symptomen zoals irritatieverschijnselen van slijmvliezen en luchtwegen, hoofdpijn, misselijkheid, evenwichtsklachten, moeheid, aandachts- en geheugenproblemen.[131]

Deze zorgen over het *aerotoxic syndrome* en de onzekerheden daarover hebben geleid tot actie van overheidsinstanties en tot rechtszaken, zowel in binnen- als buitenland, waarbij de schadevoorkomingsplicht uitwerking heeft gekregen. Hieronder breng ik in kaart wat de schadevoorkomingsplicht tot op heden in dit dossier betekend heeft en wat de verdere betekenis daarvan kan worden.

6.2.2.2 Aanpak ministerie IenM

Mede naar aanleiding van media-aandacht[132] wordt er in Den Haag, zowel in de Tweede Kamer als binnen het ministerie van IenM, over de luchtkwaliteit in vliegtuigen gedebatteerd. Eind 2012 heeft de staatsecretaris van IenM ter beantwoording van Kamervragen aangegeven dat er geen sprake is van een urgent noch van een specifiek nationaal probleem.[133] Mede in het licht van de resultaten van het onderzoek dat wereldwijd wordt gedaan, werd toen geen aanleiding gezien voor aanvullend onderzoek vanuit Nederland. Met recht stelde de staatssecretaris voorop dat bedrijven verantwoordelijk zijn voor een gezonde werkomgeving en dat luchtvaartmaatschappijen daarop geen uitzondering zijn. De staatssecretaris heeft daarbij aangegeven van mening te zijn dat de sector deze verantwoordelijkheid serieus neemt.

Wel heeft Nederland de stof TCP in 2012 aangemeld voor een nadere analyse van de stofeigenschappen in het kader van het EU-programma REACH.[134] De REACH-verordening – die ook in hoofdstuk 5 besproken is – verplicht producenten en importeurs om stoffen te registreren en informatie aan te leveren over de chemische en gevaareigenschappen van de stof. Deze informatie wordt in het registratiedossier opgenomen. Indien lidstaten van oordeel zijn dat het registratiedossier van een stof te weinig gegevens bevat om te kunnen concluderen of een stof

131 T.M. Pal, *Gezondheidsklachten bij luchtvaartmedewerkers in relatie tot de luchtkwaliteit van cockpit en cabine. Rapport van een onderzoek in opdracht van de Inspectie voor Leefomgeving en Transport van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu*, 30 november 2014.

132 In 2010 besteedde het televisie programma Zembla aandacht aan de (on)veiligheid van Fokker vliegtuigen, op 9 mei 2013 volgde een uitzending van Zembla met de titel 'Gif in de cockpit'.

133 *Kamerstukken II*, 2012/13, 31 936, nr. 120; zie ook de brief van de staatssecretaris van IenM aan de voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 3 juni 2013, kenmerk IenM/BSK-2013/109320.

134 *Kamerstukken II*, 2012/13, 31 936, nr. 133. Zie ook *Kamerstukken II*, 2013/14, 31 936, nr. 162.

al dan niet voldoet aan de criteria voor stoffen van zeer ernstige zorg, kunnen zij een stof voordragen voor nader onderzoek door het Europese Agentschap voor chemische stoffen (ECHA). Een dergelijke stofevaluatie kan er toe leiden dat het ECHA de producent of importeur opdraagt om nader onderzoek naar de stof uit te voeren en de informatie in het registratiedossier aan te vullen. Het voorstel van Nederland om de stofevaluatie van TCP in REACH-verband te verbreden tot de luchtvaart is geaccepteerd. De stofevaluatie is in opdracht van het ECHA door het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) uitgevoerd.

Het RIVM is in overleg met het ministerie van IenM gestart met een tweesporenaanpak.[135] Het eerste spoor loopt via de instrumenten die de REACH-wetgeving biedt en gaat de toxicologische gegevens van TCP's na. Het tweede spoor betrekt de luchtvaartsector en richt zich op informatie over het verband tussen gezondheidsklachten bij het luchtvaartpersoneel en TCP's. In het voorjaar van 2014 publiceerde het RIVM een voortgangsrapportage met enkele voorlopige aanbevelingen.[136] Geconcludeerd is dat de rol van TCP's bij het ontstaan van ziekteverschijnselen bij piloten niet kan worden uitgesloten, noch kan worden bevestigd. Er zijn nog veel onzekerheden. Ten eerste bestaan er grote onduidelijkheden over de effecten die TCP's kunnen veroorzaken. Ten tweede is het onzeker bij welke concentraties effecten kunnen optreden en wat veilige grenswaarden zijn. Ten derde kan men niet met zekerheid vaststellen of en zo ja in welke mate blootstelling aan TCP's in een vliegtuig plaatsvindt. In de vierde plaats heerst onzekerheid over mogelijke verschillen in gevoeligheid van mensen voor schadelijke effecten van TCP's. Het RIVM beveelt een internationale en integrale onderzoeksaanpak aan met betrekking van betrokken partijen uit de luchtvaartsector alsook internationale organisaties en kaders, zoals het Europees Agentschap voor de veiligheid van de luchtvaart (EASA), REACH, Internationale Federatie van Verkeersvliegersverenigingen (IFALPA) en Modernet (netwerk voor monitoring van trends in beroepsziekten en opsporen van nieuwe risico's). Ook het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) dat in opdracht van de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) een onderzoek heeft uitgevoerd naar gezondheidsklachten bij luchtvaartmedewerkers in relatie tot de luchtkwaliteit van cockpit en cabine, ziet reden voor nader vervolgonderzoek in internationaal verband.[137] Het *Institute for Risk Assessment* (IRAS) van de Universiteit Utrecht dat in opdracht van het ministerie van IenM onderzoek uitvoerde, heeft geconstateerd dat de concentraties waarboven effecten van TCP's worden waargenomen dusdanig hoog zijn dat zij ver boven eerder waargenomen blootstellingniveaus liggen.[138]

Teneinde te bewerkstelligen dat eenieder in dit complexe dossier de juiste rollen en verantwoordelijkheden voor veiligheid op zich neemt is het van belang dat alle *stakeholders* goed worden geïnformeerd over de voortgang en de mogelijkheid krijgen om nieuwe ontwikkelingen op de juiste plaats te agenderen. Om deze reden heeft het ministerie van IenM recentelijk een Nationaal Adviesgroep Cabinelucht (NAC) ingesteld, en ondergebracht bij het bij wet ingestelde Overlegorgaan Infrastructuur en Milieu (OIM), met deelname vanuit de werkgevershoek, de werknemershoek en onderzoeksinstituten.[139] Daar waar de betrokken partijen niet uit zichzelf de geboden maatregelen treffen, kan de schadevoorkomingsplicht worden ingezet ter afdwinging daarvan. Daarover hieronder meer.

135 Zie de brief van de staatssecretaris van IenM aan het RIVM d.d. 4 juli 2013, kenmerk IENM/BSK-2013/132714; de antwoordbrief van het RIVM van 24 juli 2013 aan de staatssecretaris; *Kamerstukken II*, 2013/14, 31 936, nr. 162.

136 P.C.E. van Kesteren et al., *TCP's in cabinelucht van vliegtuigen. Voortgangsrapportage voorjaar 2014*, RIVM Briefrapport 330002001/2014. Zie ook *Kamerstukken II*, 2013/14, 31 936, nr. 224.

137 T.M. Pal, *Gezondheidsklachten bij luchtvaartmedewerkers in relatie tot de luchtkwaliteit van cockpit en cabine. Rapport van een onderzoek in opdracht van de Inspectie voor Leefomgeving en Transport van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu*, 30 november 2014. Zie ook *Kamerstukken II*, 2014/15, 31 936, nr. 260.

138 *Kamerstukken II*, 2014/15, 31 936, nr. 260.

139 *Kamerstukken II*, 2014/15, 31 936, nr. 270; *Kamerstukken II*, 2015/16, 31 936, nr. 296.

6.2.2.3 Meersporenbeleid

De internationale aanpak van het vraagstuk van de luchtkwaliteit in vliegtuigen kent inmiddels vier sporen, waarin ook de schadevoorkomingsplicht is terug te vinden. Het betreft ten eerste het REACH-traject met een prominente rol van het RIVM, zoals in de vorige paragraaf al werd aangestipt. Ten tweede wordt door het *Comité European de Normalisation* (CEN) gewerkt aan Europese normstelling voor de luchtkwaliteit in vliegtuigen. Ten derde zal door EASA grootschalig onderzoek worden verricht naar de kwaliteit van de lucht binnen vliegtuigen. Ten vierde worden de mogelijkheden om vliegtuigen te verbeteren onderzocht door een consortium van bedrijven en organisaties, onder de naam *Future Sky Safety* en onder leiding van het NLR.

Het spoor dat via REACH loopt zal ertoe leiden dat de bedrijven die TCP's vervaardigen of in de handel brengen de risico's die aan TCP's verbonden zijn, nader identificeren en beheersen. Zij moeten laten zien hoe de stof veilig kan worden gebruikt en ze moeten gebruikers informeren over risicobeperkende maatregelen. In dit spoor staan dus de zorgplicht en schadevoorkomingsplicht van de fabrikanten en importeurs centraal.

Vliegtuigbouwers dienen er voor zorg te dragen dat hetgeen zij bouwen voldoende veilig is. Zolang echter onduidelijkheid heerst over de vraag of er van een onveiligheid sprake is, is het onzeker tot welke acties vliegtuigbouwers op grond van de schadevoorkomingsplicht gehouden zijn. Kunnen en moeten filters worden ontwikkeld die de TCP's volledig verwijderen, dat is bijvoorbeeld nu nog de vraag. Door de ontwikkeling van standaarden kan worden bepaald waar de grens van acceptatie ligt, wat veilige grenswaarden zijn en door de ontwikkeling van geschikte meet- en detectietechnieken kan worden nagegaan of aan de standaarden wordt voldaan. In 2012 heeft EASA besloten de regels betreffende de luchtkwaliteit aan boord van vliegtuigen niet aan te scherpen.[140] In april 2015 is binnen het verband van het *Comité Européen de Normalisation* (CEN) een werkgroep gestart die zich de komende jaren zal gaan richten op het ontwikkelen van een Europese standaard of een set aan standaarden voor de kwaliteit van cabinelucht van vliegtuigen en de airconditioning in vliegtuigen. Hierbij wordt ook beoogd geschikte meet- en detectietechnieken voor TCP's te ontwikkelen om na te gaan of aan de normen wordt voldaan. De ontwikkeling van deze standaarden en technieken vullen derhalve de inhoud van de zorgplicht en schadevoorkomingsplicht van de vliegtuigbouwers in.

Het verrichten van onderzoek naar risico's is ook een element van schadevoorkoming. Worden na onderzoek risico's vastgesteld, dan kunnen en moeten mitigerende en effectieve maatregelen worden getroffen. Wereldwijd worden vele onderzoeken gedaan door verschillende instituten naar de luchtkwaliteit in de luchtvloot. In de nabije toekomst zal EASA voorzien in een grootschalig onderzoek naar de luchtkwaliteit aan boord van grote commerciële luchtvaartuigen. Dit betekent echter niet dat de kleinere partijen die betrokken zijn, de private actoren, in de tussentijd mogen stilzitten. Vliegtuigmaatschappijen, vliegtuigbouwers en producenten van de betreffende airconditioningsystemen hebben ook allen een eigen verantwoordelijkheid en eigen zorgverplichtingen. Dat zij zich niet ter afwending van hun schadevoorkomingsplicht kunnen verschuilen achter de onderzoeken die reeds worden gedaan, is onlangs uitdrukkelijk beslist door de rechtbank Amsterdam in de zaak Felderhoff versus KLM.[141] Zoals in de volgende paragraaf meer uitgebreid aan de orde komt, is KLM in die rechtszaak uit hoofde van haar schadevoorkomingsplicht veroordeeld een onderzoek te verrichten naar de aanwezigheid en concentraties van TCP's in cabinelucht van haar Boeings 737. Daarbij kon het KLM niet baten

140 ED Decision no. 2012/001/R of the Executive Director of the European Aviation Safety Agency of 27th January 2012 on termination of rulemaking task 25.035 'Cabin air quality on board Large Aeroplanes' without amending EASA regulations, te raadplegen op https://easa.europa.eu/system/files/dfu/ED%20Decision%202012-001-R.pdf.

141 Rechtbank Amsterdam 18 september 2013, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2013/184.

dat, zoals zij had aangevoerd, uit onderzoeken bij andere vliegtuigmaatschappijen niet is gebleken dat er in de cabines gevaarlijke concentraties TCP's aanwezig zijn. Concentraties TCP's zijn immers van tal van factoren afhankelijk, waaronder het type vliegtuig en de staat van onderhoud van het vliegtuig. KLM dient daarom zelf het blootstellingsniveau in haar eigen vliegtuigen vast te stellen. Meer algemeen gesteld dienen werkgevers in alle gevallen waarin werknemers worden of kunnen worden blootgesteld aan gevaarlijke stoffen op de werkvloer, een risico-inventarisatie en –evaluatie uit te voeren waarbij de aard, de mate en de duur van de blootstelling aan gevaarlijke stoffen worden betrokken. Vervolgens brengt de schadevoorkomingsplicht ook mee dat als er sprake is van een blootstellingsevent (zoals een *fume event*) dit *event* en de oorzaakanalyse daarvan in het kader van risicobeheersing worden gemeld. Sinds kort – te weten vanaf 15 november 2015 – zijn luchtvaartmaatschappijen overigens ook op grond van een Europese verordening verplicht om, naast het vermelden van het voorval zelf, ook de resultaten van de onderzoeken naar de oorzaken van *fume events* te melden.[142]

Het gemeenschappelijke doel is de verbetering van vliegtuigen. *Future Sky Safety* getuigt van een gezamenlijke inzet om recht te doen aan de schadevoorkomingsplicht. Het onderzoek, gefinancierd door een Europese subsidie, van vliegtuigbouwers, toeleveranciers en wetenschappelijke instituten beoogt zicht te bieden op de technische en economische haalbaarheid om ongewenste contaminatie van lucht binnen vliegtuigen te voorkomen.

6.2.2.4 Rechtszaken: schadevergoedings- en schadevoorkomingsclaims

In binnen- en buitenland wordt de reikwijdte van de schadevoorkomingsplicht van vliegtuigmaatschappijen, vliegtuigbouwers en producenten van airconditioning ook in rechtszaken beslecht. In Australië is een schadevergoeding van 138.757 Australische dollars toegekend aan een stewardess die tijdens een *fume event* op een binnenlandse vlucht gedurende twintig minuten aan vervuilde cabinelucht is blootgesteld. Deze uitspraak is in eerste aanleg gewezen door de *New South Wales Dust Diseases Tribunal* op 5 mei 2009.[143] Het hoger beroep dat daartegen door de Australische vliegtuigmaatschappij is ingesteld, is achtereenvolgens door de *New South Wales Court of Appeal* en de *High Court of Australia* verworpen op 1 april 2010, respectievelijk 3 september 2010.[144] Het *fume event* had plaatsgevonden op 4 maart 1992 tijdens een vlucht van Sydney naar Brisbane. Als gevolg van een *'cracked compressor carbon seal'* is ongeveer 1,75 *pyrolysed oil* in de lucht van de cabine terechtgekomen, waardoor een dikke rookwolk ontstond. Aangenomen werd dat de stewardess door deze blootstelling blijvende gezondheidsschade had opgelopen, te weten een aanhoudende hoest. Haar werkgever, *East West Airlines*, werd hiervoor aansprakelijk gehouden. Zij had het *fume event* kunnen voorzien, zo werd in rechte geoordeeld, en zij had te weinig gedaan om het risico te verkleinen. In hetzelfde vliegtuig was eerder al olie gelekt en was stank waargenomen. De vliegtuigmaatschappij had schadevoorkomende maatregelen behoren te treffen en heeft nu zij dit heeft nagelaten een op haar rustende zorgverplichting geschonden, zo luidt het oordeel.

Toxic cabin air litigation is ook in de Verenigde Staten te vinden. Tegen schadevergoedingsclaims worden evenwel met succes strategische en juridische barrières opgeworpen. Zo spelen issues van bevoegdheid en ontvankelijkheid. Bovendien wordt de

142 Verordening (EU) nr. 376/2014 van het Europees parlement en de Raad van 3 april 2014 inzake het melden, onderzoeken en opvolgen van voorvallen in de burgerluchtvaart en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 996/2010 van het Europees parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2003/42/EG van het Europees parlement en de Raad en de Verordeningen (EG) nr. 1321/2007 en (EG) nr. 1330/2007 van de Commissie.

143 New South Wales Dust Diseases Tribunal (Australië) 5 mei 2009, *Turner v East West Airlines Limited* [2009] NSWDDT 10.

144 New South Wales Court of Appeal (Australië) 1 april 2010, *East West Airlines Ltd v Joanne Turner* [2010] NSWCA 53; High Court of Australia (Australië) 3 september 2010, *East West Airlines Ltd v Joanne Turner* [2010] HCATrans 238.

schadelijkheid van de lucht betwist alsook het causaal verband tussen een eventuele blootstelling en (langdurige) gezondheidsschade.

In Nederland zijn voor zover bekend geen schadevergoedingsclaims aanhangig van ziek geworden luchtvaartpersoneel. Wel heeft een Nederlandse piloot in 2013 met succes een schadevoorkomingsclaim ingesteld in kort geding tegen de Koninklijke Luchtvaartmaatschappij (KLM).[145] De piloot stelt ernstige gezondheidsklachten te ondervinden doordat de lucht die hij in de door hem bestuurde KLM-vliegtuigen inademt, giftige bestanddelen uit motorolie (TCP's) bevat. KLM erkent dat TCP's in vliegtuigcabine en cockpit voorkomen, maar stelt dat de concentratie daarvan zo laag is dat de gezondheidsklachten van de piloot daardoor niet kunnen zijn veroorzaakt. De piloot meent dat KLM als goed werkgever gehouden is een onderzoek te doen naar de aanwezigheid van TCP's. De piloot – die ziek thuis zat – is niet bereid zijn werkzaamheden als gezagvoerder te hervatten, zolang KLM dat onderzoek weigert. Inzet van het kort geding is daarom een rechterlijk bevel tot het verrichten van dit onderzoek, alsook doorbetaling van het loon gedurende het onderzoek. De vordering tot loondoorbetaling wordt afgewezen omdat onvoldoende onderbouwd is dat de gezondheidsklachten die de piloot in het verleden heeft gehad, het gevolg zijn van de aanwezigheid van giftige stoffen in de vliegtuigen waarin hij werkzaam is geweest. De schadevoorkomingsclaim wordt evenwel toegewezen; KLM wordt, uit hoofde van haar zorgplicht als goed werkgever jegens haar werknemer, veroordeeld een onderzoek te verrichten naar de aanwezigheid en concentratie van TCP's in cabinelucht van haar Boeing's 737. Uit de redengeving daartoe, die hierna kort wordt samengevat, blijkt dat het hier om een toepassing van de schadevoorkomingsplicht gaat.

In het kader van artikel 7:658 van het Burgerlijk Wetboek is elke werkgever verplicht tot het treffen van zodanige maatregelen dat voorkomen wordt dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Het gaat hierbij niet om een absolute waarborg voor de bescherming van de werknemer, maar om een verplichting voor de werkgever om die maatregelen te treffen die, mede afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, redelijkerwijs nodig zijn om schade op de werkvloer te voorkomen. [146] Deze inspanningsverplichting omvat niet alleen het treffen van de benodigde maatregelen en het geven van de benodigde aanwijzingen, maar ook het toezicht op de naleving daarvan. Artikel 3 van de Arbeidsomstandighedenwet biedt leidraad; de werkgever dient, gelet op de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening, een zodanig arbeidsomstandighedenbeleid te voeren dat van de arbeid in beginsel geen nadelige invloed uitgaat op de gezondheid van de werknemer.[147] Binnen deze beleidsruimte vallen ook aspecten van arbeidsomstandigheden die niet wettelijk geregeld zijn; ter illustratie wees de memorie van toelichting destijds op nieuwe risico's waarvoor nog geen wettelijke normen zijn ontwikkeld.[148] Met betrekking tot gevaarlijke stoffen wordt het beleid nader uitgewerkt in het vierde hoofdstuk van het Arbeidsomstandighedenbesluit. [149] Voorgeschreven is onder meer dat de werkgever in alle gevallen waarin werknemers worden of kunnen worden blootgesteld aan gevaarlijke stoffen voor een doeltreffende bescherming van de gezondheid en veiligheid van de werknemer zorgt. Dit

145 Rechtbank Amsterdam 18 september 2013, *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* 2013/184.

146 Zie onder meer Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Een rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Rotterdam), Den Haag: BJu 2009; J. Spier, T. Hartlief, A.L.M. Keirse, S.D. Lindenbergh, R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 186 e.v.

147 Wet van 18 maart 1999, houdende bepalingen ter verbetering van de arbeidsomstandigheden (Arbeidsomstandighedenwet 1998), in werking getreden per 1 november 1999, laatstelijk gewijzigd per 1 januari 2007 (*Stb.* 2006, 673).

148 MvT, *Kamerstukken II* 1997/98, 25 879, nr. 3, p. 10.

149 Besluit van 15 januari 1997, houdende regels in het belang van de veiligheid, de gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid (Arbeidsomstandighedenbesluit) (sindsdien vele malen gewijzigd).

houdt ook in dat de aard, de mate en de duur van de blootstelling wordt beoordeeld in het kader van een risico-inventarisatie en –evaluatie, teneinde de gevaren voor de werknemers te bepalen.

Van een (goed) werkgever mag aldus ter invulling van deze verplichtingen op grond van het arbeidsrecht en de Arbowet vergaande maatregelen op de werkvloer worden verwacht, die zo nodig via privaatrechtelijke weg met een beroep op de schadevoorkomingsplicht kunnen worden afgedwongen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam kan in de onderhavige zaak KLM ten minste worden verplicht te onderzoeken wat het blootstellingsniveau aan TCP's is. Weliswaar heeft KLM voldoende aannemelijk gemaakt dat zij bij de huidige stand van de wetenschap en techniek aan haar luchtvaartpersoneel niet een werkomgeving kan aanbieden waarin TCP's geheel niet voorkomen, maar juist omdat niet betwist wordt dat het personeel aan gevaarlijke stoffen wordt of kan worden blootgesteld is onderzoek geboden. Dan kan immers pas goed worden beoordeeld of er een gevaar voor de piloot is als gevolg van de blootstelling en of er door KLM maatregelen dienen te worden getroffen om te voorkomen dat de piloot in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, aldus de rechtbank.

Inmiddels is dit onderzoek in opdracht van KLM uitgevoerd door TNO en zijn de bevindingen gerapporteerd in het TNO rapport 'Onderzoek naar aanwezigheid en concentratie van tricresylfosfaten in de cockpits van KLM Boeing 737 toestellen tijdens normale operationele condities'. De uitgevoerde metingen in de cockpitlucht, de motorolie en de veegmonsters toonden slechts lage TCP concentraties aan en het zogenaamde Tri-ortho-cresyl fosfaat (ToCP) – dat is een vorm van TCP die bewezen neurotoxisch is – werd niet aangetroffen. Gewaarschuwd is evenwel – onder meer door het RIVM – dat ook dit onderzoek nog vragen oproept en geen sluitende conclusies geeft over de relatie tussen metingen en klachten.[150]

6.2.2.5 Gedeelde verantwoordelijkheid

Uit het bovenstaande volgt een beeld van gedeelde verantwoordelijkheid en afhankelijkheid van informatie en onderzoeksresultaten over en weer. Het is aan vliegtuigmaatschappijen in hun rol van werkgever, om te onderzoeken aan welke gevaarlijke stoffen werknemers worden of kunnen worden blootgesteld, wat de gevaren zijn die aan die stoffen zijn verbonden, in welke situaties blootstelling zich kan voordoen, op welke wijze blootstelling kan plaatsvinden en wat het blootstellingsniveau is. De actoren die TCP vervaardigen of in de handel brengen dienen de risico's die aan TCP's verbonden zijn te onderzoeken, te identificeren en te beheersen. De producenten van filters, airconditioning of vliegtuigen dienen te onderzoeken welke effecten en mogelijke schadelijke gevolgen hun producten met zich brengen. Dreigt een van de betrokken actoren verantwoordelijkheden te veronachtzamen, dan kan nakoming van de schadevoorkomingsplicht in rechte worden afgedwongen. Anders dan een schadevergoedingsclaim kan een schadevoorkomingsclaim niet worden ontlopen door zich te verschuilen achter de verantwoordelijkheid van anderen.

150 Zie P.C.E. van Kesteren et al., *TCP's in cabinelucht van vliegtuigen. Voortgangsrapportage voorjaar 2014*, RIVM Briefrapport 330002001/2014, p. 22 e.v.

6.3 ZELFRIJDENDE AUTO

6.3.1 Een reeks van betrokken actoren

De selectie van de zelfrijdende auto als een van de *cases* in dit onderzoek, is begrijpelijk. Enerzijds kunnen zelfrijdende auto's veel betekenen voor de missie van een leefbaar, bereikbaar en veilig Nederland. Anderzijds biedt de zelfrijdende auto in de zoektocht naar de grenzen van privaatrechtelijke verantwoordelijkheid een complexe en daarmee interessante *case*. Ik zal hieronder achtereenvolgens ingaan op vragen van verantwoordelijkheid van het ontwerp- en productieteam van de zelfrijdende auto (denk aan de fabrikant, de leverancier van onderdelen en de ontwerpers van de aansturingssoftware), van de gebruikerszijde van de zelfrijdende auto, van de overige verkeersdeelnemers en van de overheid als wegbeheerder.

6.3.2 Ontwerp- en productieteam

Aan het ontwerp en de productie van de zelfrijdende auto komt een team van professionals te pas. Denk aan de producent van de auto, de fabrikanten van auto-onderdelen, zoals sensoren, computers, automatische besturingsonderdelen, en de ontwerpers van software.

Zoals in voorgaande hoofdstukken al naar voren kwam is elke producent uit hoofde van de schadevoorkomingsplicht gehouden om maatregelen treffen om te voorkomen dat het door hem in het verkeer gebrachte product schade veroorzaakt. Primair dient de producent een veilig product te ontwerpen. Voorts dient hij gebruikers op effectieve wijze te waarschuwen voor de risico's verbonden aan zijn product. Daar waar de gevaren vermeden kunnen worden, is waarschuwen echter niet voldoende maar moet het gevaar worden weggenomen. In geval van onzekere risico's dient de producent gedegen onderzoek te (laten) verrichten en open kaart te spelen. Bij het ontwerp dient er rekening mee te worden gehouden dat gebruikers niet altijd de noodzakelijke oplettendheid in acht nemen. Op te verwachten verkeerd gebruik dient het ontwerp- en productieteam te anticiperen. Ook zal moeten worden geanticipeerd op de mogelijkheid dat kwaadwillenden het systeem manipuleren en bijvoorbeeld pogingen doen tot sabotage, hacken of terrorisme. Onderzoek zal bijvoorbeeld moeten uitwijzen of het wenselijk is menselijke fouten volledig uit te sluiten dan wel de verder volledig autonome auto uit te rusten met een noodrem? Beide keuzes lijken risico's met zich te brengen.

Bepaalde veiligheidsmaatregelen staan op gespannen voet met het belang van de bescherming van de privacy. Wordt de zelfrijdende auto voorzien van een zogenaamde zwarte doos die informatie opslaat over gedragingen van inzittenden en andere weggebruikers, dan kan dat in strijd komen met het fundamentele recht op privacy, dat zowel het nationaal als internationaal recht beoogt te waarborgen.[151]

6.3.3 Gebruiker of eigenaar

Het is een ieder verboden zich zodanig te gedragen dat gevaar op de weg wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt of dat het verkeer op de weg wordt gehinderd of kan worden gehinderd. Dit is bepaald in artikel 5 van de Wegenverkeerswet. Het is negatief geformuleerd. Positief geformuleerd luidt deze norm dat verkeersdeelnemers zich dienen in te spannen voor de verkeersveiligheid. Dat geldt te meer voor automobilisten, nu het motorvoertuig door zijn massa

151 R. de Bruin, 'Autonomous Intelligent Cars on the European intersection of liability and privacy', 2016 (nog te verschijnen).

en snelheid in het verkeer een bijzonder gevaar oplevert dat ernstige en verstrekkende gevolgen kan hebben.

Deze verzwaarde verantwoordelijkheid voor automobilisten vloeit ook voort uit het regime van artikel 185 van de Wegenverkeerswet. Deze bepaling legt een verzwaarde aansprakelijkheidsmaatstaf aan voor verkeersongevallen waarbij door een motorrijtuig schade wordt toegebracht aan een niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemer, op grond waarvan de gevolgen van een dergelijk ongeval in beginsel voor rekening van de eigenaar van het motorrijtuig komen. Deze ruime aansprakelijkheid heeft tot strekking aan ongemotoriseerden een bijzondere bescherming te geven tegen de gevolgen van het zich verwezenlijken van de gevaren die het rijden met een motorrijtuig op een weg meebrengt.[152] Onverzekerde voetgangers en fietsers heeft de Hoge Raad zelfs de facto van schadevergoeding verzekerd door het beroep op overmacht en eigen schuld zeer vergaand te beperken. Ik doel hier op de 100%- en 50%-regel, waardoor onverzekerde voetgangers en fietsers die zelf ook aan het ongeval hebben bijgedragen, bijzonder worden beschermd in die zin dat deze slachtoffers, voor zover jonger dan veertien jaar volledig en vanaf veertien jaar minstens voor de helft, schadeloos worden gesteld. [153] Deze gestandaardiseerde billijkheidscorrecties vinden hun legitimatie in het bijzondere gevaar dat het gemotoriseerde verkeer door massa en snelheid voor kinderen, voetgangers en fietsers meebrengt.

Op het merendeel van de verkeersongevallen heeft dit aangescherpte aansprakelijkheidsregime overigens geen betrekking. Immers, schade ten gevolge van ongevallen tussen gemotoriseerden onderling, fietsers onderling en ongevallen tussen fietsers en voetgangers wordt afgewikkeld op basis van het klassieke onrechtmatige daadsrecht. Daarbij komt dat het bereik van het eigen schuld verweer ten aanzien van deze ongevallen niet door wettelijke of jurisprudentiële regels is beperkt. Dit betekent dat voor plusminus 70% van de verkeersongevallen het normale, casuïstische regime van de artikelen 6:162 en 6:101 van het Burgerlijk Wetboek geldt.[154]

De vraag die in dit verband rijst is of de gebruiker van de zelfrijdende auto een andere verantwoordelijkheid toekomt dan de gebruiker van de gewone auto. Naar huidig recht dient de bestuurder te allen tijde het voertuig onder controle te hebben, zo is ook uitdrukkelijk neergelegd in het Verdrag van Wenen inzake het wegverkeer (1968). Dit verdrag wordt gezien als een belemmering voor het toestaan van de zelfrijdende auto, reden waarom vanuit meerdere landen, waaronder Nederland, wordt voorgesteld dit Verdrag aan te passen.

Mogelijk heeft de gebruiker van de zelfrijdende auto onder omstandigheden wel een plicht om op het verkeer te letten, alsook onder bijzondere omstandigheden de plicht om in te grijpen en aan de noodrem te trekken.

Risico verhogend menselijk gedrag in het verkeer, zoals het gebruik van alcohol, drugs of geneesmiddelen, vermoeidheid, afleiding, gevaarlijk volggedrag, agressie, emotie, onaangepaste snelheid en roodlichtnegatie, zal de zelfrijdende auto uiteraard vreemd zijn.

---

152 Aldus Hoge Raad 6 februari 1987, *Nederlandse Jurisprudentie* 1988/57 (*Saskia Mulder*), r.o. 3.3.

153 Hoge Raad 1 juni 1990, *Nederlandse Jurisprudentie* 1991, 720 (*Ingrid Kolkman*); Hoge Raad 31 mei 1991, *Nederlandse Jurisprudentie* 1991/721 (*Marbeth van Uitregt*); Hoge Raad 28 februari 1992, *Nederlandse Jurisprudentie* 1993/566 (*IZA/Vrerink*); Hoge Raad 24 december 1993, *Nederlandse Jurisprudentie* 1995/236 (*Anja Kellenaers*).

154 Zie G.E. van Maanen, 'De Bentley van Herman Heinsbroek. De meerwaarde van het verkeersaansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: BJu 2003, p. 203; A.L.M. Keirse, 'Een zwaktebod. Over gestandaardiseerde differentiatie bij verkeersaansprakelijkheid', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2005, afl. 8, p. 367-374.

6.3.4 Overige verkeersdeelnemers

Zoals in de vorige paragraaf al aan de orde komt dient iedere verkeersdeelnemer zich in te spannen voor de verkeersveiligheid. Verkeersdeelnemers dienen zich te onthouden van gedragingen die gevaar op de weg veroorzaken of kunnen veroorzaken of die het verkeer op de weg hinderen. Verkeersdeelnemers zullen dan ook hun gedrag moeten afstemmen op de mogelijkheid dat een voertuig op de weg niet door een mens maar door een computer wordt bestuurd. Zeker zolang er sprake is van een gemengd weggebruik door de huidige auto, modellen met autonome functies en de volledig autonome auto is alertheid hierop geboden. De autonome auto heeft een groter gezichtsveld en zal sneller reageren dan de mens dat kan. Daarmee zal bijvoorbeeld het rakelings langs een ander scheren een andere reactie lokken bij een computer dan bij een mens. Zo kan het gebeuren dat de zelfrijdende auto in een noodsituatie denkt te verkeren, uitwijkt naar links en daarbij schade aan zaken veroorzaakt teneinde schade aan een mens te voorkomen. De zelfrijdende auto functioneert dan goed, maar schade wordt niet voorkomen.

6.3.5 Wegbeheerder

Het is aan de overheid als wegbeheerder om verkeersmaatregelen te treffen en voldoende onderhoud te plegen aan de weg en de technische en digitale infrastructuur. Deelname van de zelfrijdende auto aan het verkeer zal de concrete inhoud van deze zorgplicht en schadevoorkomingsplicht beïnvloeden. Dit geldt zeker bij een hybride verkeerssysteem waarin zowel de mens als de computer bestuurders van voertuigen zijn.

Van een op de overheid rustende garantienorm is geen sprake, wel van een ruime kwalitatieve aansprakelijkheid. Bij het antwoord op de vraag of de weg voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, komt het – in de woorden van de Hoge Raad – aan op de naar objectieve maatstaven te beantwoorden vraag of de weg, gelet op het te verwachten gebruik, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn.[155] Ook de parlementaire geschiedenis maant tot enige voorzichtigheid. Het komt aan op de staat van onderhoud die voor een weg als waarom het gaat van het overheidslichaam kan worden geëist. De financiële armslag van de overheid kan daarbij een rol spelen, waarmee niet gezegd wil zijn dat het onderhoudsniveau beneden een aanvaardbaar peil mag dalen. Wel dat weggebruikers er rekening mee moeten houden 'dat wegen niet steeds in perfecte staat verkeren, bijvoorbeeld wat betreft stroefheid of gelijkmatigheid van het wegdek of de afwezigheid van het risico van aquaplaning'.[156] De Hoge Raad vergt intussen wel van de overheid die zich op een gebrek aan capaciteit en middelen beroept, dat zij het verweer dat de financiële middelen te beperkt waren om de vereiste maatregelen te treffen nader onderbouwt.[157]

155 HR 17 december 2010, NJ 2012/155 (Hoogheemraadschap Amstel/Gemeente De Ronde Venen), r.o. 4.4.4.

156 PG Boek 6 Inv., p. 1394.

157 HR 4 april 2014, NJ 2014, 368 . Het ging in de desbetreffende zaak om een spleet tussen het wegdek en een strook grasbetonklinkers. Een racefietser die uitwijkt naar rechts omdat hij wordt ingehaald door een vrachtwagen, komt met zijn voorwiel precies in die spleet, valt en wordt overreden. Wegen moeten worden onderhouden en spleten moeten worden opgevuld, aldus het slachtoffer. De gemeente stelt echter daarvoor de capaciteit noch de middelen te hebben. Dit enkel stellen is in de ogen van de Hoge Raad onvoldoende. De gemeente mag niet volstaan met algemeenheden, maar dient het slachtoffer (of diens verzekeraar) aanknopingspunten te geven voor een meer specifieke onderbouwing dat in het concrete geval van de gemeente wel degelijk maatregelen konden worden gevergd

7 SLOTBESCHOUWING

Dit onderzoek draagt bij aan het streven naar een eenduidig, integraal en beleidsthema overstijgend afwegingskader voor veiligheids- en risicovraagstukken. Dit afsluitende hoofdstuk beantwoordt de vier onderzoeksvragen en reflecteert op de daaraan ten grondslag liggende centrale vraag.

De mogelijkheden die het aansprakelijkheidsrecht biedt bij het invulling geven aan voorzorg en voorkomen van schade

Het aansprakelijkheidsrecht beoogt een veilige leefomgeving te bevorderen. Daartoe legt het burgers, bedrijven en overheden gedragsnormen op: de één mag de ander geen schade berokkenen! Is het kwaad toch geschied, en is er schade toegebracht, dan dient de schadeveroorzaker alles te doen wat in zijn macht ligt om de schade te beperken en verdere schade te voorkomen. Deze plicht om de schade te beperken of voorkomen heeft in beginsel naar aard der zaak voorrang boven de plicht om de schade te vergoeden. Dit is hierboven toegelicht en aan de hand van jurisprudentie onderbouwd.

Het is niet een uitzonderlijke uitwerking, maar regel, ja zelfs de kern van het aansprakelijkheidsrecht dat actoren gehouden zijn schade te voorkomen en (voor)zorg te betrachten. In kaart is gebracht welke mate van voorzorg, zorg en nazorg kan worden gevergd en aan de hand van welke maatstaven dat dient te worden bepaald. Het onderzoek biedt duidelijkheid over de juridische verankering van het voorzorgsprincipe. Aangegeven is welke mogelijkheden het aansprakelijkheidsrecht biedt om schadevoorkomende maatregelen juridisch af te dwingen.

Het is van belang zich te realiseren dat het aansprakelijkheidsrecht **onmisbare** mogelijkheden biedt bij het invulling geven aan voorzorg en het voorkomen van schade. De schadevoorkomingsplicht is een noodzakelijk brug in veiligheidsbeleid. Uiteraard kan het publiekrecht in het kader van veiligheidsbeleid regels stellen. Deze publiekrechtelijke regels geven evenwel slechts een ondergrens aan. Het voldoen aan publiekrechtelijke regelgeving vrijwaart actoren enerzijds niet van aansprakelijkheid, en waarborgt anderzijds onvoldoende de geboden verantwoordelijkheid. Steeds zal afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval onderzocht moeten worden welke verantwoordelijkheid precies op de schouders van de actor rust. Deze grenzen van verantwoordelijkheid worden mede door publiekrechtelijke regelgeving beïnvloed, maar uiteindelijk juist door ongeschreven privaatrecht aan de hand van de concrete context precies bepaald. Het aansprakelijkheidsrecht en in de bijzonder de daarin gelegen schadevoorkomingsplicht zijn onmisbare elementen voor een goede invulling aan voorzorg en het voorkomen van schade.

Verankering van de schadevoorkomingsplicht in het Europese en nationale recht

De schadevoorkomingsplicht ligt verankerd in de universele grondbeginselen van het (aansprakelijkheids)recht die reeds vele eeuwen in binnen- en buitenland gelding hebben.

In de *Principles of European Tort Law* is de schadevoorkomingsplicht in algemene bewoordingen neergelegd. In de Nederlandse wetgeving ontbreekt een dergelijke algemene positieve codificatie van algemene strekking. Desalniettemin ligt de algemene schadevoorkomingsplicht besloten in de algemene bepalingen van aansprakelijkheid. Daar waar

immers wordt bepaald dat er aansprakelijkheid bestaat voor veroorzaakte schade leest men ook dat de desbetreffende schade had moeten worden voorkomen door de aansprakelijke partij. Bovendien voorziet de wet voor bepaalde gevallen in gecodificeerde specifieke schadevoorkomingsplichten.

De schadevoorkomingsplicht is een uit het aansprakelijkheidsrecht voortvloeiende rechtsplicht die op grond van artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek rechtens kan worden afgedwongen.

Inbedding, valkuilen en te nemen stappen

Het daadwerkelijk effectueren van de schadevoorkomingsplicht vergt dat vaker schadevoorkomingsclaims worden ingesteld en worden toegewezen. Daartoe is vooreerst vereist dat duidelijk is welke normen precies met het oog op schadevoorkoming kunnen worden afgedwongen. Welke schadevoorkomende acties en maatregelen kunnen van de actoren worden gevergd? Het zal lang niet altijd eenvoudig zijn de inhoud van deze normen te concretiseren. Deze normen zullen bovendien naar tijd en plaats kunnen variëren. De contouren van deze normen kunnen door het recht en in deze rapportage worden geschetst, maar bij de concrete begrenzing is het recht mede afhankelijk van andere disciplines. Gegevens over gevaren, gevolgen en risico's zijn nodig om goed af te bakenen en ook is het zaak het marktveld zelf erbij te betrekken, nu vaak juist daar de benodigde deskundigheid en relevante inzichten te vinden zijn.

In de tweede plaats speelt de kwestie van rechtspleging. Dat schadevoorkomingsclaims op basis van het recht kunnen worden ingesteld, betekent nog niet dat ze ook worden ingesteld. Een blik op de rechtspraktijk spreekt boekdelen. Het een gebrek aan incentives voor het instellen van schadevoorkomingsclaims is een belangrijk aandachtspunt.

Internationalisering en Europeanisering

Een louter nationaal gerichte invulling van de schadevoorkomingsplicht zal in huidige tijden te kort schieten. Diverse rechten en plichten van internationale en Europese komaf beïnvloeden de schadevoorkomingsplicht. Gelet op het Europese beginsel van effectiviteit en gelet op de schat aan gedragsnomen die het Unie recht biedt, vormt het Unie recht feitelijk een ondersteuning van de draagwijdte van de schadevoorkomingsplicht alsook een verdere inkleuring van de concrete inhoud daarvan. Dat Unie recht vaak ook publiekrechtelijk wordt gehandhaafd kan – tenzij uitdrukkelijk anders bepaald – niet afdoen aan de mogelijke privaatrechtelijke handhaving daarvan met behulp van de schadevoorkomingsplicht.

Tot besluit

In deze rapportage is een antwoord gezocht op de centrale vraag hoe kan worden gerealiseerd dat partijen de juiste rollen en verantwoordelijkheden voor veiligheid krijgen. Het antwoord daarop is dat de schadevoorkomingsplicht daartoe moet worden geïnternaliseerd, zowel in het publieke veiligheidsbeleid alsook in de processen van private actoren. Allereerst zij herhaald dat (h)erkenning van de schadevoorkomingsplicht een geboden tussenstap vormt naar een meer verantwoord en beter te verantwoorden veiligheidsbeleid. De schadevoorkomingsplicht betrekt de samenleving, speelt in op de kennis, ervaring en verantwoordelijkheid vanuit de samenleving, effectueert het voorzorgsprincipe en biedt een juridisch instrument om schade te voorkomen,

ook daar waar geschreven publiekrechtelijke regels tekortschieten. Evenzo belangrijk is in de tweede plaats dat private actoren ervan doordrongen moeten worden dat gepaste voorzorg, zorg en nazorg steeds van hen kan worden gevergd. Zij dienen zich te realiseren dat zij zich daarbij niet kunnen verschuilen achter een verstrekte vergunning of aan het voldoen aan de wettelijke regels.

Een van de mogelijkheden die in dit verband aanbevelenswaardig is, is om voorafgaande aan een verstrekking van een vergunning de begunstigden door middel van een open vraag schriftelijk te laten expliciteren hoe zij hun voorzorgverplichtingen, zorgverplichtingen en nazorgverplichtingen zullen vormgeven. Het stellen van open vragen en het aangaan van het debat hierover, vermijdt dat gevallen wordt in de valkuilen van afvinklijstjes, die eenmaal afgewerkt de schijnzekerheid geven dat de beoogde kwaliteit en verantwoordelijkheid is gerealiseerd. Bovendien zal deze aanpak naar verwachting tot goede inzichten over veiligheidsmaatregelen leiden, nu het vaak de actoren zelf zijn die het beste kunnen inschatten welke gedragslijn de optimale veiligheid biedt.

Dit betekent dat de uitgangspunten 'wees expliciet wie waarvoor verantwoordelijk is' en 'betrek de burger en het bedrijfsleven', zoals neergelegd in de beleidsnota van het ministerie van IenM 'Bewust omgaan met Veiligheid: Rode draden', ter harte moeten worden genomen. Het is evenwel niet aanbevelenswaardig daarbij te werken met gesloten normen en afvinklijsten. Juist de open, flexibele en meebewegende werking van de schadevoorkomingsplicht kan hier vruchten afwerpen.

Er is een standaard van zorg die in het kader van de schadevoorkomingsplicht van elke actor kan worden gevergd. Omstandigheden kunnen de grens van de vereiste zorg verleggen, maar zij kunnen actoren niet van elke zorg ontheffen. Actoren dienen hun maatschappelijke verantwoordelijkheid te dragen. Een verstandig actor gaat hiertoe uit zichzelf over, mede uit welbegrepen eigen belang. De onwillige zal daartoe met toepassing van artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek kunnen worden veroordeeld.

Dit betekent dat het uitgangspunt 'pas het voorzorgsbeginsel toe' zoals onder meer door het ministerie van IenM en de WRR wordt vooropgesteld, eveneens dient te worden omarmd, met dien verstande dat daartoe het privaatrecht moet worden ingezet. Door het internaliseren van de schadevoorkomingsplicht in het beleid en de bedrijfsprocessen wordt schade voorkomen en voorzorg, zorg en nazorg afgedwongen.