

Handelingen  
Nederlandse Juristen-Vereiniging

---

144<sup>e</sup> jaargang / 2014-1

---

# Crises, rampen en recht

*Preadviezen van:*

*Prof. mr. dr. E.R. Muller*

*Prof. mr. T. Hartlief*

*Prof. mr. dr. B.F. Keulen*

*Prof. dr. H. Kummeling*

# Crises, rampen en recht

*Preadviezen van*

*E.R. Muller*

*T. Hartlief*

*B.F. Keulen*

*H.R.B.M. Kummeling*

Ontwerp omslag: Corps Ontwerpers, Den Haag

© E.R. Muller, T. Hartlief, B.F. Keulen en H.R.B.M. Kummeling

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de uitgever te wenden.

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

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

ISBN 978-90-13-12400-2  
NUR 820-102



Prof. mr. dr. E.R. (Erwin) Muller (1965) is hoogleraar Veiligheid en Recht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden, wetenschappelijk directeur van het Instituut voor Strafrecht en Criminologie aan de Leidse Universiteit en vicevoorzitter van de Onderzoeksraad voor Veiligheid. Hij heeft vele wetenschappelijke en praktijkgerichte publicaties op zijn naam op het terrein van veiligheid, recht en crisismanagement waaronder Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid. Hij is hoofdredacteur van de Kluwerserie Handboeken Veiligheid. Hij is lid van de Redactieraden van het Tijdschrift voor Veiligheid en van het Magazine Nationale Veiligheid en Crisisbeheersing. Daarnaast is hij lid van de Adviesraad Nationale Veiligheid, de Politiekennisraad, de Raad van Advies van de Rechtbank Gelderland en de Raad van Toezicht van Avans Hogeschool. Hij was eerder directeur van het COT Instituut voor Veiligheids- en Crisismanagement, lid van de Raad voor het Openbaar Bestuur, vice-decaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden, directeur van de Nederlandse Politie Academie en directeur van de Nederlandse School voor Openbaar Bestuur. Hij was als Visiting Fellow verbonden aan de University of Oxford, Centre for Criminology, Law Faculty.



Ton Hartlief (Terschelling 1966) is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht (2001) en was daarvoor (1996-2001) hoogleraar burgerlijk recht in Leiden. Zijn publicaties hebben vooral betrekking op het vermogensrecht met nadruk op het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Hij maakt onder meer deel uit van de redactie van het NJB en van AV&S (Aansprakelijkheid, Verzekering en Schade).



Berend Keulen (1963) studeerde rechten in Groningen. Vanaf 1986 was hij eerst als wetenschappelijk assistent en later als universitair docent verbonden aan de RUG. Hij promoveerde in 1990 op een proefschrift over Bankbreuk en schreef verder boeken over economisch strafrecht (1995) en de ontnemingswetgeving (1999). In 1997 maakte hij de overstap naar de Directie Wetgeving van het Ministerie van Justitie, waar hij tot 2005 werkzaam was. Hij had daar onder meer de Wet OM-afdoening en de Wet terroristische misdrijven in portefeuille. In 2005 werd Keulen in Groningen benoemd tot hoogleraar straf(proces)recht. Hij is tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem-Leuwarden.



Henk Kummeling (1961) is vanaf 1 september 1995 als hoogleraar staatsrecht en vergelijkend staatsrecht verbonden aan het Instituut voor staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht. Daarvoor was hij wetenschappelijk medewerker staatsrecht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, en vanaf 1 september 1994 hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant. In november 1988 promoveerde

hij op een rechtsvergelijkend dissertatie-onderzoek naar advisering in het publiekrecht, met als promotor prof.mr. C.A.J.M. Kortmann. In zijn Utrechtse oratie uit 1997 behandelde hij het vraagstuk van de relativiteit van geheimhoudingsplichten. Daarnaast publiceerde hij over diverse onderwerpen, zoals grondrechten, rechtsbescherming in de Europese Unie, openbaarheid van bestuur, (financieel) toezicht, zelfstandige bestuursorganen, kiesrecht, politiek staatsrecht, decentraal bestuur en internationaal recht. Over dezelfde onderwerpen geeft hij ook regelmatig cursussen.

Vanaf 1 september 2008 is hij decaan van de faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie van de Universiteit Utrecht. Van zijn nevenwerkzaamheden zijn vermeldenswaard het voorzitterschap van de Kiesraad, het voorzitterschap van de Awb-bezwarencommissie van het ministerie van VWS en het hoogleraarschap aan de University of the Western Cape in Kaapstad, Zuid-Afrika.

# Inhoud

*E.R. Muller*

Crisis en recht 1

*T. Hartlief*

Privaatrecht in nood 65

*B.F. Keulen*

Strafrecht en crises 195

*H.R.B.M. Kummeling*

Recht in nood 263



# *Crisis en recht*

---

## Naar een integrale Crisisbeheersingswet?

E.R. Muller\*

---

### Inhoudsopgave

<b>1.</b>	<b>Inleiding</b>	3
<b>2.</b>	<b>Crisis en crisisbeheersing</b>	4
2.1	Definities	4
2.2	Risico's op crises en echte crises in Nederland	7
<b>3.</b>	<b>Wetten en regelingen crisisbeheersing</b>	10
3.1	Algemene wetten en regelingen crisisbeheersing	11
3.1.1	<i>Wet veiligheidsregio's</i>	11
3.1.2	<i>Nationaal handboek crisisbesluitvorming</i>	17
3.1.3	<i>Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid</i>	19
3.2	Wetten en regelingen rampen en infectieziekten	21
3.2.1	<i>Waterwet</i>	21
3.2.2	<i>Wet bestrijding ongevallen Noordzee</i>	23
3.2.3	<i>Wet tegemoetkoming schade bij rampen</i>	24
3.2.4	<i>Wet rechtspositionele voorzieningen rampbestrijders</i>	25
3.2.5	<i>Wet publieke gezondheid</i>	26
3.3	Wetten en regelingen openbare ordeverstoringen	28
3.3.1	<i>Gemeentewet</i>	29
3.3.2	<i>Politiewet 2012 en nadere regelingen</i>	31
3.3.3	<i>Wet openbare manifestaties</i>	32
3.3.4	<i>Rechterlijke bevelen tot handhaving openbare orde</i>	33
3.4	Regelingen terrorismebestrijding	34
3.5	Regelingen digitale en andere crises	38
3.5.1	<i>Digitale crises</i>	38
3.5.2	<i>Regelingen andere crises</i>	40
3.6	Staatsnoodrecht	41

\* Hoogleraar Veiligheid en Recht Universiteit Leiden. Wetenschappelijk Directeur Instituut voor Strafrecht en Criminologie Universiteit Leiden. Vicevoorzitter Onderzoeksraad voor Veiligheid.

<b>4.</b>	<b>Mogelijkheden en beperkingen Crisisbeheersingswet</b>	45
4.1	Analyse huidige wettelijke regelingen	45
4.2	Voordelen en nadelen integrale Crisisbeheersingswet	48
4.2.1	<i>Voordelen</i>	48
4.2.2	<i>Nadelen</i>	51
<b>5.</b>	<b>Conclusies en vraagpunt: Naar een kaderwet Crisisbeheersing</b>	53
5.1	Tien redenen voor een kaderwet Crisisbeheersing	53
5.2	Inhoud kaderwet Crisisbeheersing	54
5.3	Vraagpunt NJV	59
	<b>Literatuurlijst</b>	60

## 1. Inleiding

Crisis zijn van alle tijden. Nederland heeft in de afgelopen eeuw vele crises meegemaakt. Rampen, zware ongevallen, terreuraanslagen, openbare ordeverstoringen, epidemieën, overstromingen, voedselcrisis en vele andere voorbeelden zijn te geven. Niet alleen in het verleden, maar ook tegenwoordig wordt Nederland frequent geconfronteerd met crisissituaties. Het is waarschijnlijk dat zich ook in de toekomst in Nederland regelmatig crises zullen voordoen. Dat is de reden dat ik in dit preadvies de huidige wettelijke en andere regelingen voor crisisbeheersing beschouw. Dat is niet alleen van belang voor het verleden en het heden, maar vooral voor de toekomst van de organisatie en functioneren van de crisisbeheersing. Het is zaak als samenleving voldoende voorbereid te zijn op mogelijke crises. Niet alleen door de hulpdiensten zoals brandweer, politie en Geneeskundige Hulpverleningsorganisatie in de Regio (verder GHOR), maar ook door het bestuur, het parlement en de wetgever.

In de loop der jaren is in Nederland een brede verzameling wetten en regelingen ontstaan die op een of andere manier bijdragen aan de wijze waarop de crisisbeheersing in Nederland zowel organisatorisch als qua bevoegdheden is vormgegeven. Er zijn enkele bredere wetten zoals de Wet op de veiligheidsregio's, de Wet tegemoetkoming schade bij rampen, de Wet publieke gezondheid, de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden en de Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid. Er zijn vele aparte wetten en regelingen voor onderdelen van crisisbeheersing of voor specifieke typen crises of organisaties.

In dit preadvies concentreer ik mij op de vraag of het wenselijk, effectief, noodzakelijk en juridisch haalbaar is om de afzonderlijke bestaande wettelijke en andere regelingen voor crisisbeheersing bij elkaar te brengen in een integrale Crisisbeheersingswet.<sup>1</sup> Het gaat dan om de vraag of de wijze waarop de wetgeving en regelgeving ten aanzien van organisaties en organen<sup>2</sup> in de crisisbeheersing meer geïntegreerd zou kunnen en moeten worden. Tevens komt de vraag aan de orde of de wijze waarop de bevoegdheden van de verschillende betrokken organen en organisaties wettelijk of anderszins zijn vormgegeven anders ingericht zouden moeten worden en of een integrale Crisisbeheersingswet daarbij behulpzaam zou zijn.

1. De tekst van dit preadvies is afgesloten in januari 2014. Ik dank Ernst Brainich, Ybo Buruma, Tineke Cleiren en Lodewijk Rogier zeer voor hun waardevolle suggesties op een eerdere versie van dit preadvies. Dit preadvies is op persoonlijke titel geschreven.
2. Ik spreek in dit preadvies van organisaties als het gaat om instanties zoals gemeenten, politie, brandweer, veiligheidsregio's, etc en van organen als het gaat om gezagsdragers als minister, burgemeester, commissaris van de Koning, dijkgraaf etc.

Om deze beide vragen te kunnen beantwoorden zal ik eerst een korte beschrijving en analyse geven in paragraaf 2 van de cruciale begrippen en van de cruciale mogelijke en echte crises in Nederland. In paragraaf 3 geef ik een schets van de huidige en aankomende wettelijke en andere regelingen voor alle typen crises en voor enkele specifieke typen crises namelijk rampen en zware ongevallen, openbare ordeverstoringen, terrorisme en digitale crises. Zij vormen een weergave van de huidige praktijk hoe de wettelijke en andere regelingen inhoudelijk zijn vormgegeven. In de vierde paragraaf ga ik in op de mogelijkheden en beperkingen van een integrale Crisisbeheersingswet waarna ik in de laatste paragraaf tot een conclusie en vraagpunt voor de vergadering van de NJV kom.

## **2. Crisis en crisisbeheersing<sup>3</sup>**

### *2.1 Definities*

In de wetenschappelijke literatuur over crises worden vele verschillende definities gegeven.<sup>4</sup> Een klassieke definitie is dat crises omschreven worden als bedreigingen van de organisatie of het functioneren van een sociaal systeem die gepaard gaan met onzekerheid en die urgente maatregelen vergen. Deze definitie benadrukt dat onder tijdsdruk tot verstrekkende beslissingen gekomen moet worden terwijl zich wezenlijke dreigingen voordoen of zich hebben gematerialiseerd en waarbij in onzekerheid beslissingen genomen moeten worden. Vele verschillende typen crises kunnen onder deze definitie vallen.<sup>5</sup>

De Wet veiligheidsregio's geeft in artikel 1 definities van de termen ramp, crisis, rampenbestrijding en crisisbeheersing:

*“ramp*: een zwaar ongeval of een andere gebeurtenis waarbij het leven en de gezondheid van veel personen, het milieu of grote materiële belangen in ernstige mate zijn geschaad of worden bedreigd en waarbij een gecoördineerde inzet van diensten of organisaties van verschillende disciplines is vereist om de dreiging weg te nemen of de schadelijke gevolgen te beperken;

*rampenbestrijding*: het geheel van maatregelen en voorzieningen, met inbegrip van de voorbereiding daarop, dat het gemeentebestuur of het bestuur van een veiligheidsregio treft met het oog op een ramp, het voorkomen van een ramp en het beperken van de gevolgen van een ramp;

3. Zie meer uitgebreid de navolgende twee handboeken over crises en crisisbeheersing: Muller, Rosenthal, Helsloot en Van Dijkman, 2009; Muller 2011.
4. Voor een overzicht zie Rosenthal 2009.
5. Zie Rosenthal 1984

*crisis*: een situatie waarin een vitaal belang van de samenleving is aangetast of dreigt te worden aangetast;

*crisisbeheersing*: het geheel van maatregelen en voorzieningen, met inbegrip van de voorbereiding daarop, dat het gemeentebestuur of het bestuur van een veiligheidsregio in een crisis treft ter handhaving van de openbare orde, indien van toepassing in samenhang met de maatregelen en voorzieningen die op basis van een bij of krachtens enige andere wet toegekende bevoegdheid ter zake van een crisis worden getroffen.”<sup>6</sup>

De wet laat de nadruk op de urgentie en onzekerheid achterwege in de definitie maar dat doet aan het belang van die factoren niet af. De focus van dit preadvies richt zich op publieke crisisbeheersing. Het gaat dan om crisisbeheersing waar publieke organen de eindverantwoordelijkheid hebben. Ik acht de huidige definities in de Wet veiligheidsregio's niet allemaal consistent en inhoudelijk juist. De reikwijdte van de definitie van crisisbeheersing moet niet worden beperkt tot het gemeentebestuur of het bestuur van een veiligheidsregio maar moeten verbreed worden naar alle publieke overheidsorganisaties die maatregelen of voorzieningen kunnen treffen bij de crisisbeheersing of de rampenbestrijding. Het gaat dan niet alleen om de gemeente of de veiligheidsregio, maar ook om het Rijk, provincie, waterschappen en vele andere overheidsorganisaties. De maatregelen en voorzieningen door de publieke overheidsorganisaties kunnen gericht zijn op andere overheidsorganisaties, bedrijven en burgers. Tevens zou ik de crisisbeheersing niet willen beperken tot maatregelen en voorzieningen ter handhaving van de openbare orde maar breder willen zien. Crisis gaat om meer dan alleen openbare orde namelijk om de bedreiging van alle vitale belangen.<sup>7</sup>

Ik definieer in dit preadvies *crisisbeheersing* dan ook als het geheel van maatregelen en voorzieningen, met inbegrip van de voorbereiding daarop, die publieke overheidsorganisaties in een crisis treffen. Aparte definities van ramp en rampenbestrijding zijn dan niet meer noodzakelijk. Een ramp is niets anders dan een type crisis, rampenbestrijding is niet meer dan een type crisisbeheersing. Voor wat betreft de definitie van het begrip *crisis* kan in dit preadvies wel worden aangesloten bij de bovenstaande definitie in de Wet veiligheidsregio's namelijk 'een situatie waarin een vitaal belang van de samenleving is aangetast of dreigt te worden aangetast'. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen vijf vitale belangen die zowel op lokaal, regionaal als nationaal niveau aangetast of bedreigd kunnen worden.

6. Artikel 1 Wet veiligheidsregio's.

7. Later in dit preadvies ga ik nader in op het begrip openbare orde.

“1. *Territoriale veiligheid.* Het ongestoord functioneren van Nederland als onafhankelijke staat, en specifiek de territoriale integriteit van ons land. De territoriale integriteit is in gevaar bij bijvoorbeeld een dreigende bezetting van het grondgebied van het rijk door een andere mogendheid, maar ook door een terroristische aanslag.

2. *Economische veiligheid.* Het ongestoord functioneren van Nederland als een effectieve en efficiënte economie. De economische veiligheid kan bijvoorbeeld aangetast worden als het handelsverkeer met een belangrijke buitenlandse partner uitvalt.

3. *Ecologische veiligheid.* Het beschikken over voldoende zelfherstellend vermogen van de leefomgeving bij aantasting. De ecologische veiligheid kan in het geding komen door bijvoorbeeld verstoringen in het beheer van het oppervlaktewater, maar ook door klimaatveranderingen.

4. *Fysieke veiligheid.* Het ongestoord functioneren van de mens in Nederland en zijn omgeving. De fysieke veiligheid staat bijvoorbeeld onder druk als de volksgezondheid wordt bedreigd door de uitbraak van een epidemie, maar ook bij een grootscheepse dijkdoorbraak of een ongeluk in een chemische fabriek.

5. *Sociale en politieke stabiliteit.* Het ongestoorde voortbestaan van een maatschappelijk klimaat waarin groepen mensen goed met elkaar kunnen samenleven binnen de kaders van de democratische rechtsstaat en gedeelde kernwaarden. De sociale en politieke stabiliteit kan in het geding zijn als veranderingen optreden in de demografische opbouw van de samenleving (bijvoorbeeld solidariteit tussen generaties), de sociale cohesie en de mate van deelname van de bevolking aan maatschappelijke processen.”<sup>8</sup>

In het denken en doen over crisisbeheersing wordt veelal een onderscheid gemaakt tussen preventie, preparatie, respons en nazorg. Preventie zijn de regels en maatregelen die zich richten op het voorkomen van specifieke crises. Het gaat dan om een heel breed pallet aan wetten en regelingen. Preparatie richt zich op de regels en maatregelen die moeten worden getroffen om goed voorbereid te zijn op een eventuele crisis. De respons is de fase van de acute crisis waarin betrokkenen daadwerkelijk beslissingen moeten nemen om de crisis te kunnen beheersen. De regels en richtlijnen voor het optreden tijdens de acute fase zijn hier onderdeel van. De nazorg richt zich op de fase na de crisis waarin zich processen voordoen als evaluatie, onderzoek, opsporing en vervolging, verantwoording, aansprakelijkheid, schade-afhandeling, psychische en materiële nazorg etc.<sup>9</sup> Ook ten aanzien van deze processen zijn vele regels en richtlijnen opgesteld. In dit preadvies richt ik mij vooral op de fasen van preparatie, respons en delen van de nazorg. De preventiefase is zo breed en algemeen dat vele wetten en regelingen hieronder zouden vallen die proberen te voorkomen dat zich

8. Strategie Nationale Veiligheid, 2007, p. 10.

9. Zannoni 2010.

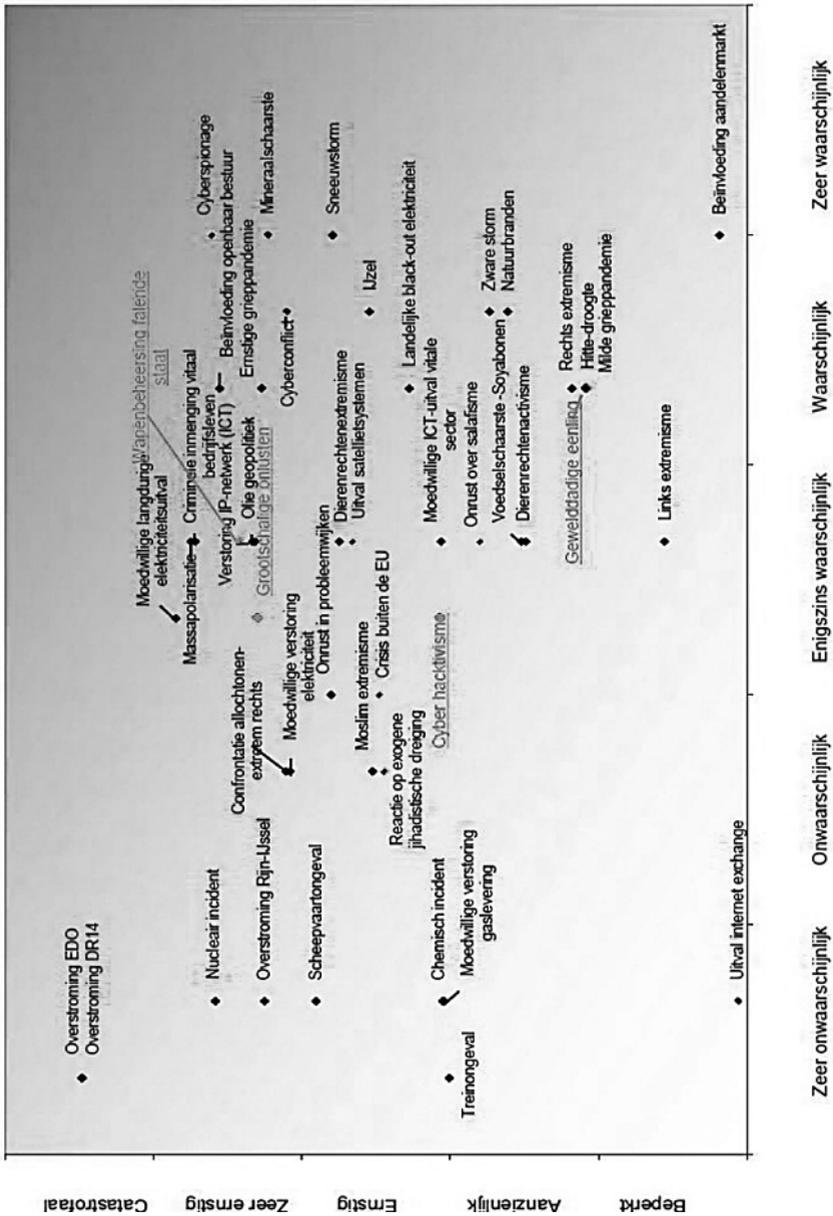
ongelukken en crises voordoen.<sup>10</sup> In de nazorgfase zal ik de opsporing en vervolging uitzonderen aangezien dit niet zozeer gaat om crisisbeheersing maar om zelfstandige processen die in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering apart en diepgaand zijn geregeld en waarvoor geheel eigenstandige organisaties verantwoordelijk zijn.

## 2.2 *Risico's op crises en echte crises in Nederland*

In Nederland bestaat sinds 2007 een door het kabinet vastgestelde strategie nationale veiligheid.<sup>11</sup> Deze strategie vormt geen wet, maar een schets van inhoudelijke en organisatorische beleidsinitiatieven van vooral het Rijk op het terrein van nationale veiligheid. Cruciaal onderdeel van deze strategie is te komen tot een nationale risicobeoordeling. In deze nationale risicobeoordeling wordt bezien welke risico's voor de nationale veiligheid bestaan en hoe die gekwalificeerd moeten worden. In de onderstaande figuur is de nationale risicobeoordeling 2011 weergegeven waarin de belangrijkste risico's voor de nationale veiligheid in de vorm van scenario's zijn weergegeven op de assen van waarschijnlijkheid en ernst. Feitelijk gaat het hier om de risico's dat zich in Nederland specifieke vormen van crises voordoen. Het onderstaande figuur toont tevens de reikwijdte en de complexiteit van de soorten crises waarmee Nederland geconfronteerd zou kunnen worden.<sup>12</sup>

10. Zo zullen bijvoorbeeld de volgende wetten en regelingen geen onderdeel uitmaken van dit pre-advies aangezien zij zich primair richten op de preventie: Richtlijn 96/82/EG betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken, Richtlijn 2012/18/EU betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken, houdende wijziging en vervolgens intrekking van Richtlijn 96/82/EG van de Raad, Arbeidsomstandighedenwet, Besluit risico's zware ongevallen 1999, Besluit externe veiligheid inrichtingen en Wet vervoer gevaarlijke stoffen. Zie deel Fysisieke veiligheid in Muller, Brainich en Rogier 2014.
11. Strategie Nationale Veiligheid 2007, zie ook jaarlijkse voortgangsberichten Nationale Veiligheid via site NCTV.
12. Strategie Nationale Veiligheid Bevindingenrapportage 2012, 8-11-2013, p. 9. "In dit diagram heeft elk scenario een positie op grond van de door de experts geschatte waarschijnlijkheid (horizontale as) en impact (verticale as). Bij elkaar vormt dit de relatieve risicopositie van een scenario. De scenario's die in 2012 zijn ontwikkeld zijn met een rode kleur (in dit pre-advies grijze kleur) en onderstreept weergegeven. De scenario's uit reeds eerder uitgevoerde NRB's zijn in zwart weergegeven."(p. 8).

Figuur 1.1: Risicodiagram



Bovenstaande figuur is een risicoanalyse van mogelijke crises in Nederland. Nederland heeft echter in de afgelopen jaren ook in de praktijk regelmatig te maken gehad met ingrijpende crises en rampen. Hieronder is een overzicht gegeven van belangrijke crises die Nederland heeft gekend waarbij ik mij concentreer op de typen crises die in dit preadvies centraal staan.<sup>13</sup>

*Rampen en zware ongevallen*

- Watersnoodramp 1953
- Treinramp Harmelen 1962
- Chemische explosie DSM Geleen 1975
- Cindu-ramp 1992
- Bijlmerramp El Al vliegtuig crash 1992
- Treinramp Hoofddorp 1992
- Hercules vliegtuigramp 1996
- Dakota vliegtuigramp 1996
- Overstromingen 1993 and 1995
- Enschede vuurwerkram 2000
- Cafebrand Volendam 2001
- Ramp brand gevangenis Schiphol 2005
- Crash Turkish Airlines vliegtuig 2009
- Brand Chemiepark 2011
- Treinongeluk Westerpark Amsterdam 2012

*Terrorisme en extreem geweld*

- Gijzeling Franse ambassade 1973
- Gijzelingen door Zuid-Molukse jongeren 1970, 1975, 1977 en 1978
- RARA aanslagen jaren tachtig
- IRA and ETA aanslagen jaren tachtig
- Politieke moord Fortuyn 2002
- Politieke moord Van Gogh 2004
- Schietincident Alpen aan den Rijn 2011

*Openbare ordeverstoringen en maatschappelijke onrust:*

- Rellen huwelijk prinses Beatrix en Claus 1966
- Maagdenhuis bezetting 1969
- Nieuwmarkt rellen 1974
- Krakersrellen Amsterdam inclusief Kroningsrellen 1980
- Krakersrellen Groningen en Nijmegen jaren tachtig
- Jongerendemonstratie Den Haag 1993
- Rellen Eurotop Amsterdam 1997
- Rellen Oosterpark Groningen 1997
- Rellen Amsterdam-West 1998

13. Zie meer uitgebreid Muller 2011 en Van Duin, Wijkhuis en Jong 2013.

- Huldigingsrellen Feyenoord 1999
- Voetbalrellen European Championship 2000
- Rellen wijken Den Bosch in 2000 en 2006
- Rellen Koninginnedag 2001
- Rellen Ondiep Utrecht 2008
- Strandrellen Hoek van Holland 2009
- Zedenzaak zwemleraar Benno L. Eindhoven 2009
- Zedenzaak Robert M. Amsterdam 2010
- Facebookrellen Haren 2012

*Digitale crises*

- Diginotarincident 2011
- Lektoker DigiD lekken 2011
- Verstoringen noodnummer 112 2011
- KPN-hack vitale infrastructuur 2012
- DDOS aanvallen websites 2011-heden

Dit overzicht toont dat Nederland bijna jaarlijks wel getroffen wordt door een serieuze crisis. De organisatie en het beleid op het terrein van nationale veiligheid en crisisbestrijding moet dan ook zodanig zijn dat met deze risico's en realiteiten goed omgegaan kan worden. Datzelfde geldt voor de wettelijke structuur waarin deze organisaties en organen moeten functioneren.

### **3. Wetten en regelingen crisisbeheersing**

Om te kunnen omgaan met alle bovenstaande typen crises en in reacties op vele evaluaties en rapporten na specifieke crises is een complex stelsel van wet- en regelgeving ontstaan. In deze paragraaf geef ik een schets op hoofdlijnen van deze wet- en regelgeving om een beeld te geven van dit stelsel. Ik concentreer mij op de algemene wetten en regelingen die voor alle typen crisissituaties van belang zijn en op specifieke wet- en regelgeving op de terreinen rampen en zware ongevallen, openbare orde, terrorisme en digitale crises en op het staatsnoodrecht. Vooraf moet worden gezegd dat in het kader van dit preadvies geen omvattend overzicht gegeven kan worden van alle wetten en regelingen.<sup>14</sup> In Tekst en Commentaar

14. Zie hiervoor Brainich 2004; Muller, Brainich en Rogier 2014; Instituut Fysieke Veiligheid, *Crisis en recht: Schema's bevoegdheden en verplichtingen tijdens crises*, 2013 ; Instituut Fysieke Veiligheid, *Bestuurlijke Netwerkkaarten Crisisbeheersing*, 2013; beide laatste rapporten zijn te vinden via de site [www.infopuntveiligheid.nl](http://www.infopuntveiligheid.nl). Zie ook Handreiking Bestuurlijk handelen bij crises van het Nederlands Genootschap van Burgemeesters ([www.burgemeesters.nl](http://www.burgemeesters.nl))

Openbare Orde en Veiligheid (derde druk 2014) worden de belangrijkste wetten en regelingen beschreven en becommentarieerd.<sup>15</sup>

### 3.1 *Algemene wetten en regelingen crisisbeheersing*

Op dit moment zijn drie algemene wetten en regelingen van belang voor alle of de meeste typen crises namelijk de Wet veiligheidsregio's, het Nationaal handboek crisisbesluitvorming en de Rijkswet Onderzoeksradaad voor Veiligheid.<sup>16</sup> Deze drie bespreek ik in deze paragraaf op hoofdlijnen omdat zij inhoudelijke, procedurele en organisatorische kaders bieden voor de wijze waarop crisisbeheersing en het onderzoek daarna in Nederland is georganiseerd en moet functioneren.

#### 3.1.1 Wet veiligheidsregio's<sup>17</sup>

##### *Totstandkoming*

De Wet veiligheidsregio's is in 2010 ontstaan uit een herziening van de Wet rampen en zware ongevallen 1985, de Brandweerwet 1985 en de Wet geneeskundige hulpverlening bij rampen en zware ongevallen.<sup>18</sup> De inhoudelijke en organisatorische regelingen in deze drie aparte wetten werden geïntegreerd en de taken en functies werden grotendeels overgedragen aan 25 veiligheidsregio's. "De Wet veiligheidsregio's is niet een omvattende (kader)wet op het terrein van crisisbeheersing (met inbegrip van rampenbestrijding). Naast de Wet veiligheidsregio's zijn er tal van wetten die direct of indirect betrekking hebben op crisisbeheersing, zoals (...) de Wet bestrijding ongevallen Noordzee, de Waterwet, de Wet tegemoetkoming schade bij rampen, de Wet rechtspositionele voorzieningen rampbestrijders, de Gemeentewet, de Wet verplaatsing bevolking, de Drinkwaterwet, de Wet publieke gezondheid, de Wet dieren, de Kernenergiewet, de Wet bodembescherming, de Wet milieubeheer en de Wet inzake de luchtver-

15. In de noten worden verwijzingen gemaakt naar de derde druk van Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid en soms ook naar specifieke bladzijdennummers. Deze laatste zijn gebaseerd op een drukproef van december 2013, de nieuwe Tekst en Commentaar is verschenen in 2014 waardoor afwijkingen van de precieze bladzijdennummers kunnen plaatsvinden. Zie echter ook deze definitieve Tekst en Commentaar via Kluwer Navigator.

16. Daarbij moet worden aangetekend dat ik mij concentreer op de Nederlandse nationale wetgeving en internationale wet- en regelgeving (inclusief de wetgeving voor de BES-gebieden) buiten beschouwing laat. De Coordinatiewet uitzonderingstoestanden, die ook als een algemene wet voor crisisbeheersing kan worden opgevat, bespreek ik in paragraaf 3.6.

17. Zie uitgebreid Brainich en Helsloot, 2013.

18. Zie meer uitgebreid verschillende hoofdstukken in Helsloot, Muller en Berghuijs 2007.

ontreiniging. Wel is de Wet veiligheidsregio's in zoverre een spil in deze wetgeving dat het principe van een decentrale aanpak is vastgelegd, dat wil zeggen het primaat van de burgemeester. Dit uitgangspunt geldt alleen voor de generieke rampenbestrijding (en daarnaast ook voor de handhaving van de openbare orde), dat wil zeggen niet de rampenbestrijding in een aantal zogenoemde functionele ketens, zoals dierziektebestrijding en onderdelen van de kernongevallenbestrijding en van de infectieziektebestrijding (met de kanttekening dat de burgemeester ook daar desnoods kan ingrijpen indien de handhaving van de openbare orde en veiligheid dat vereist).<sup>19</sup> Wel kan worden geconstateerd dat de Wet veiligheidsregio's zich primair richt op de preparatie, respons en nafase en in mindere mate op preventie.

### *Gezag en opperbevel*

De Wet veiligheidsregio's regelt dat het College van Burgemeester en Wethouders verantwoordelijk is voor de organisatie van de brandweezorg, de rampenbestrijding en de crisisbeheersing en de geneeskundige hulpverlening. Cruciale artikelen zijn de artikelen 4 en 5 waarin geregeld wordt dat de burgemeester het gezag heeft bij brand alsmede bij ongevallen anders dan bij brand voor zover de brandweer daarbij een taak heeft. Deze bepaling rond het gezag over de brandweer is vergelijkbaar met het gezag van de burgemeester over de politie als het de openbare ordehandhaving betreft (art. 11 Politiewet en art. 172 Gemeentewet). Het tweede lid van artikel 4 luidt: "De burgemeester is bevoegd bij brand en ongevallen (...) de bevelen te geven die met het oog op het voorkomen, beperken en bestrijden van gevaar nodig." In het navolgende artikel 5 wordt het opperbevel in geval van ramp of van een ernstige vrees voor het ontstaan daarvan bij de burgemeester gelegd. Expliciet is daar vermeld dat iedereen en alle organisaties die aan de bestrijding van een ramp deelnemen onder het bevel van de burgemeester staan. Daarbij hoort de verplichting van de burgemeester om de bevolking en de hulpdiensten informatie te verschaffen over de oorsprong, omvang en de gevolgen van de ramp of crisis en wat de te volgen gedragslijn is (artikel 7 Wet veiligheidsregio's).

### *Veiligheidsregio's*

De derde paragraaf van de Wet veiligheidsregio's regelt de instelling van de veiligheidsregio's middels de Wet gemeenschappelijk regelingen. De colleges van Burgemeester en Wethouders worden in artikel 9 opgedragen

19. Brainich en Helsloot 2013, p. 637.

middels een gemeenschappelijke regeling een openbaar lichaam in te stellen waardoor er in Nederland 25 veiligheidsregio's tot stand komen:

- a. het inventariseren van risico's van branden, rampen en crises;
- b. het adviseren van het bevoegd gezag over risico's van branden, rampen en crises in de bij of krachtens de wet aangewezen gevallen alsmede in de gevallen die in het beleidsplan zijn bepaald;
- c. het adviseren van het college van burgemeester en wethouders over de taak, bedoeld in artikel 3, eerste lid;
- d. het voorbereiden op de bestrijding van branden en het organiseren van de rampenbestrijding en de crisisbeheersing;
- e. het instellen en in stand houden van een brandweer;
- f. het instellen en in stand houden van een GHOR;
- g. het voorzien in de meldkamerfunctie;
- h. het aanschaffen en beheren van gemeenschappelijk materieel;
- i. et inrichten en in stand houden van de informatievoorziening binnen de diensten van de veiligheidsregio en tussen deze diensten en de andere diensten en organisaties die betrokken zijn bij de onder d, e, f, en g genoemde taken.

Deze weergave van de taken maakt duidelijk dat veel taken op het terrein van de voorbereiding en respons van crises bij de veiligheidsregio's liggen. Het gezag tijdens een crisis of ramp blijft echter bij de burgemeester liggen voor zover het de generieke rampenbestrijding en de openbare orde betreft. Het bestuur van de veiligheidsregio ligt bij alle burgemeesters van de regio. De voorzitter wordt benoemd door het Rijk bij Koninklijk Besluit en is in principe de burgemeester van de grootste gemeente in de regio. De hoofdofficier van justitie en de voorzitter van het waterschap worden uitgenodigd bij de vergaderingen van het bestuur van de veiligheidsregio. De Wet veiligheidsregio's regelt verder uitgebreid de organisatie, bevoegdheden en randvoorwaarden van de brandweer, de bedrijfsbrandweer en de GHOR binnen de veiligheidsregio.

### *Plannen*

De veiligheidsregio heeft een belangrijke rol bij de verschillende soorten plannen voor crisissituaties. Elk vier jaar stelt de veiligheidsregio een risicoprofiel vast waarin helder wordt gemaakt welke belangrijke risico's zich in de regio voordoen waarna ook elke vier jaar een beleidsplan wordt vastgesteld dat de wijze beschrijft waarop de veiligheidsregio's beleidsmatig en operationeel met deze risico's omgaat. Tevens bepaalt de veiligheidsregio de inrichtingen en bedrijven waarvoor specifieke rampbestrijdingsplannen moeten worden vastgesteld. In dit laatste geval gaat het om specifieke plannen voor specifieke bedrijven met specifieke risico's.

De Wet veiligheidsregio's kent ook enkele algemene maatregelen van bestuur namelijk het Besluit veiligheidsregio's en het Besluit personeel veiligheidsregio's. De Wet veiligheidsregio's bevat tevens enkele andere bepalingen die het de ministers mogelijk maken kaders te formuleren voor de organisatie en het functioneren van de veiligheidsregio's bijvoorbeeld ten aanzien het sluiten van convenanten tot samenwerking, de regeling van een uniforme informatie- en communicatievoorziening en informatiebeveiliging en frequenties. Tevens zijn de veiligheidsregio's verplicht de minister alle noodzakelijke informatie te verstrekken. Al deze bepalingen maken het mogelijk te komen tot een vergaande vorm van uniforme regelgeving voor de veiligheidsregio's. Artikel 37 maakt het zelfs mogelijk dat de minister landelijke doelstellingen vaststelt ten aanzien van de rampenbestrijding en de crisisbeheersing. Artikel 44 codificeert de systeemverantwoordelijkheid van de minister van Veiligheid en Justitie voor de crisisbeheersing en de rampenbestrijding. Een en ander betekent dat ten aanzien van de crisisbeheersing en rampenbestrijding duidelijk wordt dat het lokale primaat zowel door de structuur en taken van de veiligheidsregio als door de mogelijkheden van de minister ingeperkt wordt.

#### *Rol voorzitter*

Een belangrijk artikel in dit verband is artikel 39 Wet veiligheidsregio's. Dat maakt het mogelijk dat bij bovenlokale rampen en crisis de voorzitter van de veiligheidsregio enkele kernbevoegdheden op het terrein van crisisbeheersing van de burgemeester overneemt. Dat is een bijzonder en lang bediscussieerd onderdeel van de wet. Feitelijk en formeel neemt daarbij de ene burgemeester de bevoegdheid van de andere burgemeester over. Het moet dan wel gaan om crises en rampen van meer dan plaatselijke betekenis of voor de ernstige vrees voor het ontstaan daarvan. In dat geval roept de voorzitter van de veiligheidsregio een regionaal beleidsteam bij elkaar dat bestaat uit alle burgemeesters van de getroffen gemeenten samen met de hoofdofficier van justitie. Vanaf dat moment is de voorzitter van de veiligheidsregio bevoegd ten behoeve van de rampenbestrijding en de crisisbeheersing de bevoegdheden van de burgemeesters van de getroffen gemeenten toe te passen die de burgemeesters zijn verleend in de Wet veiligheidsregio's, maar ook in de Gemeentewet, de Politiewet en de Wet openbare manifestaties. Het gaat hier dus niet alleen om fysieke rampen maar ook om openbare ordehandhaving. De overgang van bevoegdheden heeft alleen betrekking op de crisis waarvoor het regionaal beleidsteam bijeen komt; indien er andere problemen ontstaan, beschikken individuele burgemeesters nog steeds over hun bevoegdheden. De Commissaris van de Koning ziet toe op het functioneren van de het regionaal beleidsteam en kan

de voorzitter van de veiligheidsregio aanwijzingen geven.<sup>20</sup> De Commissaris van de Koning en de voorzitter van de veiligheidsregio dienen alle relevante informatie aan de minister te doen toekomen. De voorzitter van de veiligheidsregio legt achteraf in de afzonderlijke gemeenteraden van de gemeenten die zijn getroffen verantwoording af. De gemeenteraden kunnen geen consequenties verbinden aan deze verantwoording van de voorzitter van de veiligheidsregio. Het opzeggen van het vertrouwen in de voorzitter van de veiligheidsregio heeft geen formele betekenis. Deze bevoegdheid in artikel 39 realiseert een centralisering van bevoegdheden bij de voorzitter van de veiligheidsregio.

### *Algemene en functionele ketens*

Het onderscheid tussen de algemene en functionele ketens in de crisisbeheersing en rampenbestrijding is van belang voor het nadenken over een integrale Crisisbeheersingswet. Het gaat hier dan om de bestuurlijke structuur van de crisisbeheersing in Nederland. “Deze structuur bestaat uit de algemene keten en ruim veertig functionele ketens. (...) De algemene keten betreft de generieke rampenbestrijding en handhaving van de openbare orde; met de toevoeging ‘generiek’ aan rampenbestrijding wordt het onderscheid aangeduid met een aantal functionele ketens waarin eveneens sprake is van handhaving van de openbare veiligheid, maar die afzonderlijk zijn georganiseerd (met eigen wetgeving). Een voorbeeld daarvan is de voedselveiligheid. De algemene keten is belegd in de bestuurlijke hoofdstructuur (gemeenten en regio’s, provincies, rijk). Functionele ketens zijn beleidsterreinen met aparte probleemgebieden en veelal aparte bedrijfstakken. Voorbeelden daarvan zijn: drinkwatervoorziening, de bestrijding van infectieziekten, de bestrijding van dierziekten, de voorziening van olie, gas en elektriciteit, oppervlaktewater en waterkeringen, voedselveiligheid, voedselvoorziening, financieel verkeer, de milieucompartimenten, telecommunicatie en de transportmodaliteiten. De aansturing van deze ketens van overheidswege verschilt sterk. De handhaving van de openbare orde en generieke openbare veiligheid is in beginsel decentraal belegd; de aansturing van de overige ketens vindt veelal plaats door de nationale overheid (op het terrein van milieu meestal door de provinciale overheid), door de Europese Unie of door een sectorale internationale organisatie. (...) Vanwege deze structuur, hebben B&W, de burgemeester of de voorzitter veiligheidsregio veelal geen invloed op de gang van zaken binnen een functionele keten. Van gemeentezijde dient wel rekening te worden gehouden met de effecten van een verstoring in een dergelijke keten.”<sup>21</sup> De ver-

20. Zie voor de positie en bevoegdheden van de Commissaris van de Koning de Provinciewet (artikelen 158 en 182) en de Ambtsinstructie commissaris van de Koning.

21. Brainich en Helsloot 2013, p. 645.

houding tussen de algemene en de functionele ketens is van belang voor de dagelijkse praktijk van de crisisbeheersing en rampenbestrijding maar ook voor de wijze waarop deze taken en bevoegdheden formeel geregeld zijn.

### *Overige bepalingen*

In artikel 7 Wet veiligheidsregio's wordt de informatieverschaffing door de overheid tijdens de responsfase geregeld waarin staat dat de burgemeester er voor zorgt draagt dat de bevolking informatie wordt verschaft over de oorsprong, de omvang en de gevolgen van een ramp of crisis die de gemeente bedreigt of treft, alsmede over de daarbij te volgen gedragslijn. Tevens draagt de burgemeester er zorg voor dat aan de personen die in zijn gemeente zijn betrokken bij de rampenbestrijding of de crisisbeheersing, informatie wordt verschaft over die ramp of crisis, de risico's die hun inzet daarbij heeft voor hun gezondheid en de voorzorgsmaatregelen die in verband daarmee zijn of zullen worden getroffen. In het *Besluit informatie inzake rampen en crises* wordt dit artikel nader geregeld.<sup>22</sup>

De Wet veiligheidsregio's bevat verder nog bepalingen omtrent informatie en communicatie, bijstand, de relatie met andere buitengewone omstandigheden, financiële bepalingen, toezicht door de Inspectie Veiligheid en Justitie en over het Nederlands instituut fysieke veiligheid. Expliciet biedt de Wet veiligheidsregio's alle betrokken diensten een bevoegdheid tot binnentreden indien dit nodig is voor de uitoefening van hun functie (artikel 62) evenals enkele sanctiebepalingen die kunnen worden opgelegd aan burgers of bedrijven die niet meewerken.

### *Evaluatie Wet veiligheidsregio's*

In 2013 is de Wet veiligheidsregio's uitgebreid geëvalueerd nadat de Inspectie Veiligheid en Justitie in de voorgaande jaren steeds intensief gekeken had naar de staat van de rampenbestrijding in Nederland.<sup>23</sup> De Commissie Hoekstra die deze evaluatie verrichtte, kwam tot de volgende overkoepelende conclusie. "In het algemeen heeft het ontwikkelen van veiligheidsregio's een gunstig effect gehad op de kwaliteit en effectiviteit van de rampenbestrijding. De invoering van de Wet veiligheidsregio's heeft gezorgd voor een vergroting van expertise, een versterking van operationele slagkracht en vergroting van de effectiviteit. Hoewel nog geen van de veiligheidsregio's aan *alle* wettelijke minimumeisen voldoet, is het niveau waarop de veiligheidsregio's functioneren de afgelopen jaren gestegen. Zo

22. Besluit informatie inzake rampen en crises, 20 juni 1994, Staatsblad 2010, 256.

23. Zie website Inspectie Veiligheid en Justitie.

is de samenwerking tussen de verschillende hulpverleningsdiensten sterk verbeterd, net als de samenwerking tussen veiligheidsregio's en andere crisispartners. De Wet veiligheidsregio's richt zich vooral op de klassieke rampenbestrijding. Op dit gebied heeft de wet flinke verbeteringen teweeggebracht. Het effect van de wet is minder goed te zien op andere gebieden waar verbetering nodig was: een betere (aansturing van de) brandweezorg en effectievere beheersing van crises waarmee de samenleving momenteel wordt geconfronteerd. Ook zijn de taken van de gemeente en de politie nog onvoldoende geïntegreerd in de rampenbestrijding. Multidisciplinaire samenwerking en de voorbereiding op crises laten nog altijd te wensen over; er is onder meer aandacht nodig voor bovenregionale samenwerking, regelmatig oefenen en de rol van de rijksoverheid.<sup>24</sup> De evaluatiecommissie doet allerlei voorstellen zoals bijvoorbeeld het verduidelijken van de taken van de veiligheidsregio, het handhaven van het verlengd lokaal bestuur als uitgangspunt, het verbeteren van de centrale sturing en de financiering, het verbeteren van het toezicht en het voorlopig houden bij de huidige 25 veiligheidsregio's.

Een van de aanbevelingen die in het kader van dit preadvies van belang is betreft het verduidelijken van de rol van betrokken actoren. "Een knelpunt in de crisisbeheersing is dat er nog te weinig uniformiteit bestaat, ook binnen de rijksoverheid, wat betreft het gebruik van definities en werkwijzen. Dit werkt verwarring in de hand bij het bepalen van het bestuursniveau dat de leiding heeft over de aanpak. Het moet altijd duidelijk zijn in welke situatie betrokken organisaties een rol hebben en welke autoriteit de bestuurlijke leiding heeft. Het zal de duidelijkheid ten goede komen als een strikter onderscheid wordt gehanteerd tussen een crisis en een ramp."<sup>25</sup> De evaluatiecommissie komt tot de conclusie dat het niet noodzakelijk is fundamenteel iets te veranderen aan de huidige Wet veiligheidsregio's of om te bestaande structuur voor crisisbeheersing en rampenbestrijding wezenlijk te veranderen. De latere kabinetsreactie onderschrijft de conclusies van deze evaluatiecommissie.<sup>26</sup>

### 3.1.2 Nationaal handboek crisisbesluitvorming

In 2013 is door de ministerraad het nieuwe *Nationaal handboek crisisbesluitvorming* vastgesteld, evenals het daarvoor belangrijke *Instellingsbesluit ministeriële commissie crisisbeheersing* en het *Besluit instelling van*

24. Evaluatiecommissie Wet Veiligheidsregio's en het stelsel van rampenbestrijding en crisisbeheersing (Commissie Hoekstra), 18 september 2013, p. 7.

25. Evaluatiecommissie Wet Veiligheidsregio's en het stelsel van rampenbestrijding en crisisbeheersing (Commissie Hoekstra), 18 september 2013, p. 12.

26. TK 2013-2014, 29517, kabinetsreactie Evaluatiecommissie Wet veiligheidsregio's.

*een landelijke operationele staf*.<sup>27</sup> Dit handboek dat al sinds 1997 bestaat, vormt het beleids- en organisatiekader voor het optreden op Rijksniveau met betrekking tot crisisbeheersing en rampenbestrijding. De totstandkomingsgeschiedenis van het handboek toont de steeds verdergaande centralisering van de crisisbeheersing en rampenbestrijding in Nederland.<sup>28</sup>

“Het handboek legt de hoofdlijnen vast van het generieke crisisbeheersingsbeleid en van het stelsel met betrekking tot de crisisorganisatie van het Rijk. Het legt de bevoegdheden, verantwoordelijkheden vast van de belangrijkste actoren binnen de nationale crisisstructuur. Deze structuur bestaat uit drie interdepartementale gremia: het Adviesteam (AT) onder voorzitterschap van de inhoudelijk meest betrokken directeur van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, de Interdepartementale Commissie Crisisbeheersing (ICCb) op hoog ambtelijk niveau en tenslotte de operationele Ministeriele Commissie Crisisbeheersing (MCCb). Het Handboek is van toepassing op alle (dreigende) intersectorale crises die een duidelijke interdepartementaal plaatsgecoördineerd optreden van de rijksoverheid vereisen. De AT, ICCb- MCCb structuur wordt zonodig flexibel toegepast. Het Rijk kan bij een crisis drie rollen vervullen: faciliteren, richting geven en sturen. Om eenheid te creëren in de opschaling is de zogeheten GRIP-regeling aangepast, waarbij is uitgegaan van de bevoegdheden zoals vastgelegd in de Wet en het kabinet Besluit veiligheidsregio's. ‘GRIP’ staat voor Gecoördineerde Regionale IncidentbestrijdingsProcedure. De nieuwe GRIPsystematiek bestaat uit verschillende opschalingsniveaus: lokaal (1 t/m 3), regionaal (4), interregionaal (5) en GRIP Rijk. Bij de introductie van GRIP Rijk in deze landelijk uniforme systematiek is geen sprake van ‘GRIP’ in de eigenlijke betekenis. GRIP Rijk markeert het moment in situaties waarbij naar het oordeel van het Rijk de nationale veiligheid in het geding is of kan zijn en die op onderdelen vragen om sturing van de crisisaanpak door het Rijk (in casu de MCCb).”<sup>29</sup>

Het citaat toont de complexiteit van de wijze waarop de crisisbeheersing en rampenbestrijding op nationaal niveau is vormgegeven. Het is noodzakelijk vele belangen en organisaties te verenigen waardoor een uitgebreid stelsel van overleg en coördinatie ontstaat. Het handboek en de beide besluiten geven vooral de verantwoordelijkheden en de structuren van de

27. Staatscourant 24 april 2013 11207; TK 2012-2013, 29 668, nr. 37. Handboek via site NCTV te zien. Het rapport van de Bestuurlijke Werkgroep Bovenregionale Samenwerking, *Eenheid in verscheidenheid*, Den Haag, 2013, was belangrijk voor de wijzigingen van het Nationaal Handboek. Zie Wismans 2014.
28. Zie meer uitgebreid Wismans, 2013. Het gaat hier trouwens om een ministeriele regeling en niet om een wet in formele zin waarin bevoegdheden worden geattribueerd.
29. Wismans 2014, p. 593.

organen weer die op landelijk niveau tot beslissingen moeten komen in geval van crises en rampen. Belangrijk is dat de ministeriele commissie crisisbeheersing aanwijzingen kan geven en sturing door het Rijk kan realiseren. Daarvoor is dan wel een wettelijke basis nodig op basis van “aanwijzingsbevoegdheid of specifieke bevoegdheden of noodwetgeving/staat-snoodrecht in buitengewone omstandigheden (met als uiterste middel: ongeschreven noodrecht” (...) Sturing door het Rijk kan worden geeffectueerd met dien verstande dat:

- a. voldaan is aan de wettelijke vereisten (zoals afkondiging Kb), en/of
- b. de verantwoordelijke rijksautoriteit het medebestuur tevoren heeft geïnformeerd over de inhoud van de aanwijzingsbevoegdheid en het terrein waarop deze betrekking heeft
- c. ad a. en b. geldt tenzij de vereiste spoed dit niet toelaat, of tenzij toepassing van ongeschreven noodrecht noodzakelijk is.”<sup>30</sup>

Deze formulering biedt het Rijk feitelijk de mogelijkheid in te kunnen grijpen indien de vitale belangen in het kader van de nationale veiligheid in het geding zijn. Het ontbreekt op dit moment aan een nadere uitwerking hiervan. Het gaat hier om vergaande bevoegdheden die in kunnen grijpen op wettelijk geregelde bevoegdheden van andere organen in de staat. Hoewel steeds de eisen van wettelijke vereisten en noodrecht worden gesteld biedt het zogenaamde ongeschreven noodrecht veel mogelijkheden. Het is de vraag of een en ander niet beter, democratischer, rechtsstatelijker en diepgaander in een wet in formele zin kan worden geregeld. Dat neemt niet weg dat niet alles wettelijk te regelen zal zijn en ongeschreven recht ook voor crises van belang zal blijven.

### 3.1.3 Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid

De laatste algemene wet die van toepassing is op verschillende typen crises die ik hier weergeef is de Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid die per 1 februari 2005 in werking is getreden.<sup>31</sup> Op grond van deze wet kan de Onderzoeksraad voor Veiligheid met behulp van verstrekkende bevoegdheden onderzoeken verrichten naar zogenaamde voorvallen. Een voorval wordt in artikel 1 omschreven als een gebeurtenis die de dood of letsel van een persoon dan wel schade aan een zaak of het milieu veroorzaakt, alsmede een gebeurtenis die gevaar voor een dergelijk gevolg in het leven heeft geroepen (artikel 1, lid 1, onder f). Deze definitie is ruimer dan de eerdere definitie die ik heb gegeven over crisis maar nagenoeg alle crises zijn tegelijkertijd ook een voorval waardoor zij onderwerp van onder-

30. NHC 2013, p. 12.

31. Zie Hallers e.a. 2002.

zoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid kunnen zijn. “De Onderzoeksraad voor veiligheid zal een breed terrein bestrijken. Hij wordt bevoegd voorvallen te onderzoeken in alle denkbare sectoren. Niet alleen gaat het daarbij om de terreinen van het transport en defensie, maar bijvoorbeeld ook om voorvallen in de industrie, waaronder bedrijfsongevallen, winningongevallen (inclusief off-shore) en kernongevallen; natuurrampen, waaronder wateroverlast, extreme weersomstandigheden en aardbevingen; voorvallen betreffende milieu en gezondheid, waaronder verontreinigingen van de voedselketen, ongevallen in de privésfeer, epidemieën en verontreiniging van het natuurlijk milieu; explosies, grote branden en instortingen. De raad zal niet alleen tot taak krijgen voorvallen op het aangegeven brede terrein te onderzoeken teneinde de oorzaken of vermoedelijke oorzaken daarvan vast te stellen maar tevens om de gevolgen van voorvallen te onderzoeken teneinde ook van de omvang daarvan de oorzaken of vermoedelijke oorzaken op te sporen. Aldus zullen ook rampenbestrijding en nazorg voorwerp van onderzoek van de raad kunnen zijn. Ook hieruit zullen lessen voor de toekomst kunnen worden getrokken, zodat in de toekomst de gevolgen van voorvallen beperkter kunnen blijven.”<sup>32</sup>

Deze Rijkswet richt zich primair op de fase nadat een crisis (of voorval) heeft plaatsgevonden. De Onderzoeksraad voor Veiligheid richt zich primair op het leren van voorvallen zodat kan worden voorkomen dat zich in de toekomst vergelijkbare voorvallen kunnen voordoen. De Onderzoeksraad richt zich expliciet niet op het vaststellen van schuld en aansprakelijkheid. Artikel 3 van de Rijkswet beschrijft dit expliciet: De raad heeft, met het uitsluitende doel toekomstige voorvallen te voorkomen of de gevolgen daarvan te beperken, tot taak de onderzoeken en vast te stellen wat de oorzaken of vermoedelijke oorzaken van individuele of categorieën voorvallen en van de omvang van hun gevolgen zijn en daaraan zo nodig aanbevelingen te verbinden. Het idee is dat door deze vorm van onderzoek en leren nu juist optimaal in de toekomst kan worden voorkomen dat zich vergelijkbare voorvallen voordoen. De Rijkswet probeert daarmee het onderzoek in de nafase ook te verbinden aan de preventie, planning en respons in de toekomst.

Belangrijk om deze functie te kunnen vervullen is de onafhankelijkheid van de raad en de raadsleden. In de wet zijn daar enkele voorzieningen voor getroffen. Er is geen sprake van een hiërarchische ondergeschikte positie ten opzichte van een minister. De raad vormt een zelfstandig bestuursorgaan. De raad en zijn medewerkers beschikken over vergaande bevoegdheden om informatie te verkrijgen en mensen te spreken. De Onderzoeksraad voor Veiligheid heeft in zijn bestaan zeer verschillende

32. TK 2002-2003, 28 634 (R 1727), nr. 3, p. 5.

onderzoeken verricht naar typen voorvallen en crises zoals de Schiphol-brand, het neerstorten van het Turkish Airlines vliegtuig bij Schiphol, tankopslag Bonaire, het Digitnotarincident, salmonella in de zalm, veiligheid bij Odfjell terminals, treinbotsing Amsterdam Westerpark, vrachtwagenongevallen op snelwegen, kapseizen schelpzuiger Frisia, brand Chemie-pack Moerdijk, wapenbezit door sportschutters en maagverkleiningsoperaties in Emmen. Deze voorbeelden tonen de breedte van de onderzoeken van de Onderzoeksraad voor Veiligheid ten aanzien van verschillende typen voorvallen en crises.<sup>33</sup>

### 3.2 *Wetten en regelingen rampen en infectieziekten*

In de voorgaande paragraaf zijn enkele algemene wetten en regelingen beschreven die voor alle typen crises in meer of mindere mate van toepassing zijn. In de komende paragrafen concentreer ik mij op enkele categorieën crises en bezie welke specifieke wetten en regelingen relevant zijn. Vanwege de omvang van dit preadvies zal ik mij daarbij beperken tot de hoofdlijnen en de belangrijkste wetten en regelingen. In de literatuurlijst wordt een verwijzing gegeven naar literatuur die een meer uitgebreid overzicht biedt van gedetailleerde regelingen.

Voor wat betreft rampen geldt dat de meeste eerder bestaande wetten en regelingen zijn opgenomen in de Wet veiligheidsregio's en de daarvan afgeleide regelingen en algemene maatregelen van bestuur. Er zijn echter nog enkele specifieke wetten en regelingen die zich concreet richten op rampen zoals de Waterwet, Wet bestrijding ongevallen Noordzee, Wet tegemoetkoming schade bij rampen, Wet rechtspositionele voorzieningen rampbestrijders. De Wet publieke gezondheid richt zich primair op de infectieziekten en epidemieën.

#### 3.2.1 *Waterwet*

De Waterwet kent enkele bepalingen met betrekking tot gevaar voor waterstaatswerken (omstandigheden waardoor de goede staat van een of meer waterstaatswerken onmiddellijk en ernstig in het ongerede is of dreigt te geraken). “Naast de regeling in de Waterwet bevatten nog verschillende andere wetten bepalingen inzake calamiteiten met oppervlaktewater. Rampenbestrijding op zee kent meerdere regimes en regelingen waarbij de Wet bestrijding ongevallen Noordzee een centrale plaats inneemt. De regeling inzake gevaar in de Waterwet is niet van toepassing op de Noordzee,

33. Zie website Onderzoeksraad voor Veiligheid. Zie tevens Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Veiligheid in perspectief: Acht jaar ongevalsonderzoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid 2005-2012*, Den Haag, 2013.

zie art. 5.28 lid 2 Waterwet. Verder zijn er verschillende verdragen die betrekking hebben op onder meer onderlinge waarschuwing en alarmering (verdragen inzake de bescherming van de Maas en van de Schelde, Verdrag waterafvoer Maas, Rijnverdrag, Eems-Dollardverdrag).<sup>34</sup>

In de Waterwet worden de verantwoordelijkheden en taken van de beheerder van de waterstaatswerken benoemd voor, tijdens en na crises. Het gaat dan primair om situaties waar sprake is van hoogwater en welke maatregelen dan moeten worden genomen. “Hoofdstuk 5, par. 5 Waterwet is grotendeels opgebouwd conform de zogeheten veiligheidsketen, met uitzondering van de preventiefase.

- *Preparatie.* Na een definitiebepaling en bepaling over het toepassingsbereik van de wet (art. 5.28) betreft art. 5.29 de preparatie, dat wil zeggen de voorbereiding op een crisis.
- *Respons.* Art. 5.30 lid 1 en 2 en art. 5.31 hebben betrekking op de responsfase, het optreden ten tijde van een crisis. Waar de Waterstaatswet 1900 een eigen regeling kende voor toezicht door hogere bestuursorganen, verwijst art. 5.31 naar de algemene bepalingen in hoofdstuk 3.
- *Nafase.* Art. 5.30 lid 3 en 4 zijn van betekenis na afloop van een crisis (vanaf 2014: art. 5.30 lid 4, 5 en 6). Deze bepalingen behoren tot de nafase, de terugkeer naar de normale situatie.<sup>35</sup>

Het gaat in de Waterwet om een stelsel van calamiteitenplannen, bevoegdheden, oefeningen, herstel en evaluatie om optimaal voorbereid te zijn op hoog water, om adequaat te kunnen reageren, om te kunnen terugkeren naar de situatie voor de crises en om te leren van de gebeurtenissen. Tevens bevat de Waterwet nog een schadevergoedingsregeling in de vorm van nadeelcompensatie door maatregelen die getroffen zijn om het hoge water tegen te gaan of te bestrijden.

De beheerder van een waterstaatwerk heeft een vergaande bevoegdheid om op te treden tijdens crises: “De beheerder is in geval van gevaar, zolang de daardoor ontstane situatie zulks noodzakelijk maakt, bevoegd de maatregelen te treffen die hij nodig oordeelt, zo nodig in afwijking van wettelijke voorschriften, met dien verstande dat hij geen maatregelen treft die in strijd zijn met de Grondwet of met internationaalrechtelijke verplichtingen.” (artikel 5:30, lid 1). Cruciaal hierbij is dat het primaat van de burgemeester hierbij wel in takt blijft. Uiteindelijk is de burgemeester eindverant-

34. Brainich 2014-1, p. 801.

35. Brainich 2014-1, p. 813.

woordelijk ten aanzien van het optreden tijdens rampen, ook als het gaat om hoog water.

### 3.2.2 Wet bestrijding ongevallen Noordzee

Deze wet richt zich primair op de wijze waarop crisisbeheersing op de Noordzee vorm moet krijgen. Deze wet is van toepassing op de Nederlandse territoriale zee. “In de zone tot een kilometer buiten de kust is er een overlap met het gezag van de burgemeester en de commissaris van de Koning. In de toelichting bij het wetsvoorstel Wet BON wordt er van uitgegaan dat in die zone de Minister van I&M verantwoordelijk is en niet de burgemeester of commissaris (*Kamerstukken II 1987/88*, 20 653, nr. 3, p. 9; *Kamerstukken II 1989/90*, 20 653, nr. 6, p. 7-8). Aangezien dit niet expliciet is geregeld, is dit alleen denkbaar door de Wet BON op dit punt te beschouwen als *lex specialis* ten opzichte van de Gemeentewet en de Wet veiligheidsregio’s.”<sup>36</sup>

Het gaat hierbij feitelijk om een soort rampenwet als zich met schepen of anderszins rampen en zware ongevallen, op zee spreekt men van incidenten, voordoen op de Noordzee. In de wet worden de taken en bevoegdheden van de kapiteins van schepen maar ook van de Kustwacht en de verantwoordelijke ministers geregeld. Primair dient de kapitein maatregelen te treffen maar als dat niet voldoende is dient het ministerie van IenM deze maatregelen te treffen of specifieke aanwijzingen te geven. “Ten behoeve van een goede uitvoering van de bepaalde regelen van Hoofdstuk 3 worden bij koninklijk besluit regels gesteld inzake de organisatie en de coördinatie van de bestrijding van schadelijke gevolgen van ongevallen. Dergelijke regels zijn gegeven bij het Besluit Rampenplan voor de Noordzee.”<sup>37</sup> Dit besluit bepaalt dat de organisatie en de coördinatie van de bestrijding van schadelijke gevolgen van ongevallen, bedoeld in artikel 11(1) van de Wet plaatsvindt overeenkomstig het Rampenplan voor de Noordzee. Volgens het Rampenplan wordt een incident door de kustwacht in één van vier categorieën ingedeeld, afhankelijk van de omvang van de ramp. Bij de hoogste categorieën treedt het Regionaal Beheersteam Noordzeerampen (RBN) op namens de Minister. Het RBN wordt voorgezeten door de hoofdingenieur-directeur Rijkswaterstaat Noordzee en wordt aangevuld met functionarissen van de medebetrokken departementen. Het RBT neemt de beslissing namens de minister(s) om aanwijzingen te geven. De Regeling uitvoering artikel 11, tweede lid, Wet bestrijding ongevallen Noordzee wijst de directeur Kustwacht en de ambtenaren van de in de Kustwacht samenwerkende

36. Brainich 2014-2, p. 834.

37. De informatie van deze website is verouderd. Het is nu het Incidentbestrijdingsplan Noordzee.

diensten aan als ambtenaren voor de toezicht op de naleving van de aanwijzingen die kunnen worden gegeven aan de kapitein en de scheepseigenaar, alsmede de hulpverleners.”<sup>38</sup> De relatie tussen de crisisbeheersing op zee en de crisisbeheersing op het land is complex en verdient aandacht in eventuele nieuwe wetgeving.

### 3.2.3 Wet tegemoetkoming schade bij rampen

Deze wet richt zich op de voorwaarden waaronder en de wijze waarop burgers en bedrijven eventuele schade na rampen vergoed kunnen krijgen. Deze wet richt zich daarmee primair op de nafase van rampenbestrijding. “De Wet tegemoetkoming schade bij rampen biedt een structurele regeling op basis waarvan de rijksoverheid een tegemoetkoming kan verstrekken aan diegenen die schade hebben geleden of kosten hebben gemaakt vanwege een ramp. De wet legt aanspraken en procedures op hoofdlijnen vast. Daarmee beoogt de Wet tegemoetkoming schade bij rampen om in het kader van een ramp voor toekomstige gedupeerden zoveel mogelijk rechtszekerheid te creëren. Het dient te gaan om een ramp als bedoeld in de Wet veiligheidsregio’s en voorts om schade en kosten die niet elders verhaalbaar of redelijkerwijs verzekeraar zijn. Er zal niet in een tegemoetkoming worden voorzien indien andere voorzieningen de schade en kosten (geheel of ten dele) dekken, zoals andere regelingen en verzekeringen. In de gevallen waar de schade en kosten elders kunnen worden verhaald, zal men zich dienen te wenden tot het aansprakelijkheidsrecht. De Wet tegemoetkoming schade bij rampen heeft als zodanig het karakter van een vangnetregeling. Rampen die vallen onder het bereik van de Wet tegemoetkoming schade bij rampen zijn – kort gezegd – aardbevingen en overstromingen door zoet water.”<sup>39</sup> Voor andere rampen geldt dat zij op een bepaalde manier te verzekeren zijn of dat op een andere manier schadevergoeding kan worden vormgegeven.

Het idee van deze wet is dat onverzekerbare rampen niet geheel voor de rekening van gedupeerden moeten komen maar dat er een regeling moet zijn waarbij de overheid de schadevergoeding regelt. Per ramp kan het kabinet maximaal 1 miljard beschikbaar stellen om schade te vergoeden. De wet regelt het proces wanneer deze wet van toepassing is. Bij Koninklijk besluit kan deze wet van toepassing worden verklaard. Dat is in de recente geschiedenis een enkele keer gebeurd als het gaat om overstromingen rond rivieren. Het gaat om een breed scala aan vormen van schade (artikel 4 lid 1):

38. Website Helpdesk Water, Bestrijding Ongevallen Noordzee.

39. Noordzij 2014, p. 851.

- a. de schade aan de woning, de woonwagen of het woonschip;
- b. de schade aan de inboedel, bedoeld in artikel 5 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek;
- c. de schade aan de openbare infrastructurele voorzieningen;
- d. de schade aan de vaste en de vlottende activa;
- e. de teeltplanschade, waaronder wordt verstaan het financieel verlies dat is geleden door een mindere opbrengst dan redelijkerwijs mocht worden verwacht gedurende een bij ministeriele regeling te bepalen schadetermin als gevolg van verlies of beschadiging van gewassen, waardoor een vermindering in kwantiteit of kwaliteit is ontstaan of als gevolg van het niet of niet tijdig kunnen uitvoeren van de voorgenomen teelt van gewassen;
- f. de bedrijfsschade, waaronder wordt verstaan het financieel verlies dat is geleden door een mindere opbrengst dan redelijkerwijs mocht worden verwacht gedurende een bij ministeriele regeling te bepalen schadetermin als gevolg van verlies of fysieke beschadiging van dieren, waardoor een vermindering in kwantiteit of kwaliteit is ontstaan of als gevolg van het niet of niet tijdig kunnen uitvoeren van de voorgenomen productiecycclus;
- g. de opstartkosten, waaronder worden verstaan de kosten die zijn gemaakt in verband met het opnieuw starten van het productieproces in een installatie;
- h. de evacuatiekosten per risico-adres, waaronder worden verstaan:
  - 1° de reis- en verblijfkosten die de gedupeerde heeft gemaakt als gevolg van een advies of een gebod van het bevoegd gezag om zijn woon- of vestigingsplaats te verlaten, voor zover verschuldigd aan derden; 2° de kosten voor transport, opslag en huisvesting van de roerende zaken van de gedupeerde, voor zover verschuldigd aan derden of toe te rekenen aan arbeid in eigen beheer volgens bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen regels; 3° de met de in onderdeel 2° genoemde activiteiten samenhangende kosten voor verzekering;
- i. de bereddingskosten per risico-adres, waaronder worden verstaan de kosten die de gedupeerde heeft gemaakt in verband met het treffen van maatregelen ter voorkoming of beperking van schade of kosten, voor zover verschuldigd aan derden of toe te rekenen aan arbeid in eigen beheer volgens bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen regels;
- j. de kosten voor opruiming per risico-adres, voor zover verschuldigd aan derden of toe te rekenen aan extra arbeid in eigen beheer volgens bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vast te stellen regels.”

De wijze van vaststelling van de schade alsmede de wijze van aanvraag van de schadevergoeding wordt in de rest van de wet geregeld.

#### 3.2.4 Wet rechtspositionele voorzieningen rampbestrijders

“Deze wet heeft als doel rechtspositionele voorzieningen te treffen voor hen die deelnemen aan de rampenbestrijding en de daaraan gelieerde voorbereidingen. De wetgever was namelijk van oordeel dat de rechtspositio-

nele voorzieningen voor rampbestrijders kon worden aangemerkt als een 'lappendeken'.<sup>40</sup> De wet voorziet in een garantiestelling voor de rampbestrijders aangaande uurbeloning, derving van inkomen, vergoeding van schade en van kosten. Gezien de inzet van de rampbestrijders voor het algemeen belang en de bereidheid tot het lopen van risico's was dit in de ogen van de wetgever niet meer dan redelijk.<sup>41</sup> (...) "De wet voorziet in bepalingen inzake uitkeringen bij ziekte, invaliditeit, overlijden en vermissing. De plaats van deze wet binnen de veiligheidsketen, bestaande uit de schakels preventie, preparatie, respons en nafase, is de nafase. De wet voorziet in de afwikkeling en nazorg van rampen of op de bij de voorbereiding op rampen ontstane eventualiteiten die de rechtspositie van rampbestrijders zouden kunnen treffen."<sup>42</sup>

Deze wet is tot stand gekomen in 1992 en nog steeds als zelfstandige wet geldig. Het gaat hier om een wet die ook als een soort vangnet kan worden opgevat. Schade die rampenbestrijders oplopen die niet op een of andere manier is gedekt kan uiteindelijk wordt vergoed op basis van deze wet. Rampbestrijders kunnen een beroep doen op deze wet als zij op een of andere manier persoonlijke schade hebben ondervonden bij het bestrijden van een ramp. In het vervolg van de wet wordt aangegeven voor welke schade een vergoeding kan worden verkregen en op welke wijze deze schadevergoeding kan worden verkregen. De wet voorziet in uitkering bij ziekte, invaliditeit, overlijden en vermissing.

### 3.2.5 Wet publieke gezondheid

In de Wet publieke gezondheid van 2008 zijn de eerdere bepalingen van de Wet collectieve preventie gezondheidszorg, de Quarantainewet en de Infectieziektenwet opgenomen. De infectieziektenbestrijding is daarmee niet apart meer geregeld, maar onderdeel geworden van de bredere collectieve preventieve gezondheidszorg. Infectieziekten vormen vanzelfsprekend een van de belangrijkste risico's op het terrein van crises en rampen. Dat is de reden dat we hieraan – kort – in deze paragraaf aandacht besteden aan de Wet publieke gezondheid. "De wet regelt de taken en de bevoegdheden van de overheid op het terrein van de publieke gezondheidszorg. Met publieke gezondheidszorg wordt bedoeld op de gezondheidsbeschermende en -bevorderende maatregelen die worden getroffen voor de bevolking als geheel of voor specifieke groepen daaruit, met inbegrip van het voorkomen en het vroegtijdig opsporen van ziekten. Het gaat dus om de aanpak van gezondheidsvraagstukken met een collectief karakter."

40. TK 1990-1991, 22 225, nr. 3, p. 4.

41. Mestrum 2014, p. 875.

42. Mestrum 2014, p. 876.

ter, waarbij determinanten van gezondheid het uitgangspunt vormen. De infectieziektebestrijding is een belangrijk onderdeel van de publieke gezondheidszorg, maar zij omvat meer, waaronder de jeugd- en de oudergezondheidszorg. De verantwoordelijkheid voor de publieke gezondheidszorg ligt grotendeels bij de gemeenten (medebewindstaak).<sup>43</sup> “De gemeenten zijn verplicht een gemeentelijke gezondheidsdienst (GGD) in stand te houden, waarin de deskundigheid ten aanzien van de publieke gezondheidszorg is samengebracht en waarvan het werkgebied in principe samenvalt met dat van de veiligheidsregio. Op nationaal niveau speelt het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) een belangrijke rol (Centrum Infectieziektebestrijding en Centrum voor Gezondheid en Milieu). Het RIVM is ook aangewezen als nationaal coördinatiepunt.”<sup>44</sup>

Bij infectieziekten is een combinatie van lokale en nationale verantwoordelijkheid aan de orde. Lokaal moet kunnen worden opgetreden als zich infectieziekten voordoen, maar om tot goede signalering en gecoördineerd optreden te kunnen komen is ook een zekere nationale en centrale verantwoordelijkheid en voorziening noodzakelijk. In het geval van ernstige infectieziekten speelt de veiligheidsregio ook een belangrijke rol. Het gaat daarmee om een complexe wisselwerking tussen gemeente, veiligheidsregio en Rijk. De Wet veiligheidsregio's en de Wet publieke gezondheid zijn op verschillende onderdelen op elkaar afgestemd. “De Wvr regelt de voorbereiding bij de rampenbestrijding, de crisisbeheersing en de geneeskundige hulpverlening, alsook het optreden bij bovenlokale rampen en crises waar het betreft de openbare orde en de veiligheid. De gedachte achter de afstemming van de Wpg op de Wvr is dat een grootschalige uitbraak van een infectieziekte al gauw zal leiden tot maatschappelijke ontwrichting. Handhaving van de openbare orde en de bestrijding van de epidemie dienen dan hand in hand te gaan. Om een slagvaardig optreden mogelijk te maken zijn politie, brandweer, ambulancezorg en geneeskundige hulpverlening bij crises, rampen en ongevallen (GHOR) tegenwoordig op een en dezelfde schaal georganiseerd en wel in 25 regio's. Ook de werkgebieden van de GGD's zijn daar op afgestemd. Bij het optreden van een ernstige, zeer besmettelijke ziekte (A ziekte) of de directe dreiging daarvan wordt nu dezelfde regionale aanpak gevolgd. Als zo'n epidemie zich aandient, gaan de taken en bevoegdheden van de gemeentelijke bestuursorganen (B&W en burgemeester) over op de bestuursorganen van de veiligheidsregio (bestuur en voorzitter). De minister stuurt in dat geval de (voorzitters van de) veiligheidsregio's aan. Grootschalige infectieziektebestrijding dient verder te zijn verankerd in de vierjaarlijkse crisisplannen die het regiobestuur op grond van de WVR dient vast te stellen. De GGD onder-

43. Dute 2014, p. 896.

44. Dute 2014, p. 897.

steunt zowel de gemeente als de veiligheidsregio. De directeur van de GGD is tevens directeur van de GHOR, zodat een eenhoofdige operationele leiding is verzekerd.”<sup>45</sup>

De nauwe samenhang roept in het kader van dit preadvies wel de vraag op of een en ander niet verder geïntegreerd zou moeten worden. Infectieziektenpreventie en –bestrijding zijn nu integraal onderdeel geworden van de bredere Wet publieke gezondheid die zich ook richt op andere taken op het terrein van de publieke gezondheidszorg. Dat betekent echter wel dat in de Wet publieke gezondheid op verschillende onderdelen specifieke taken op het terrein van de crisisbeheersing in brede zin staan zoals bijvoorbeeld het bevorderen van psychosociale hulp bij rampen of de afstemming tussen de publieke gezondheidszorg en de geneeskundige hulpverlening bij rampen en zware ongevallen (artikel 2), de taken op het terrein van infectieziektenbestrijding (artikel 6 tot en met 12), bijzondere bepalingen infectieziektenbestrijding (artikel 17 tot en met 58, verreweg het grootste deel van de wet). Met evenveel recht kan gevraagd worden of een integratie van de infectieziektenbestrijdingsbepalingen met de Wet veiligheidsregio’s niet even logisch is als met de bredere publieke gezondheidsbepalingen.

### *3.3 Wetten en regelingen openbare ordeverstoringen*

Naast de bovenstaande wetten en regelingen met betrekking rampen en zware ongevallen bestaan er ook de nodige wetten en regelingen ten aanzien van openbare ordeverstoringen.<sup>46</sup> Het gaat dan om inhoudelijke en organisatorische regels voor het voorkomen en bestrijden van omvangrijkere openbare ordeverstoringen zoals voetbalrellen, etnische rellen, rellen bij evenementen, krakersongeregeldheden, etc. Ik concentreer mij hier op de wetten en regelingen die zich richten op openbare ordeverstoringen die onder de definitie van een crisis kunnen vallen namelijk dat er een vitaal belang van de samenleving is aangetast of dreigt te worden aangetast.<sup>47</sup> Kleinere en bijna dagelijkse openbare ordeverstoringen komen hier niet aan de orde, het gaat hier om de grotere verstoringen van de openbare orde hoewel niet altijd het onderscheid even duidelijk is te maken.

45. Dute 2014, p. 898.

46. Zie ons eerdere pleidooi voor een Wet openbare orde en veiligheid in Muller, Rogier, Kummeling e.a. 2008 dat niet door het toenmalige kabinet is gevolgd, zie kabinetsstandpunt rapport Bestuur, recht en veiligheid, 24 april 2008.

47. Dat betekent bijvoorbeeld dat ik bijvoorbeeld de bevoegdheden van de burgemeester op grond van de Wet tijdelijk huisverbod en de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen hier niet opneem.

### 3.3.1 Gemeentewet

In de eerste plaats biedt de Gemeentewet een ruime hoeveelheid wetsartikelen die de bevoegdheden van vooral de burgemeester regelen voor, tijdens en na openbare ordeverstoringen. In de afgelopen jaren is het aantal en de reikwijdte van de bestuursrechtelijke bevoegdheden van de burgemeester sterk uitgebreid.<sup>48</sup> Hieronder geef ik op hoofdlijnen deze bevoegdheden van de burgemeester in de Gemeentewet weer.<sup>49</sup> Het gaat daarbij alleen om de bevoegdheden die een zekere relatie met crisisbeheersing hebben. Openbare orde bevoegdheden hebben ook betrekking op een breder gebied dan alleen grootschalige openbare orde verstoringen, zie bijvoorbeeld de uitgebreide en vele bepalingen in de Algemene Plaatselijke Verordeningen.<sup>50</sup> De Gemeentewet biedt geen definitie van openbare orde. De openbare orde heeft naar het oordeel van de Hoge Raad betrekking op de ‘normale gang van zaken in of aan de betreffende openbare ruimte’, waarbij ‘normaal’ wordt bepaald door de specifieke omstandigheden van het geval.<sup>51</sup> Hieronder zijn enkele van de bevoegdheden van de burgemeester opgenomen die relevant zijn voor crises. De totale hoeveelheid bevoegdheden van de burgemeester op het terrein van openbare orde handhaving is veel uitgebreider.<sup>52</sup>

*“Ordehandhaving burgemeester (art 172 Gemeentewet).* In dit artikel wordt aan de burgemeester de algemene taakopdracht ten aanzien van ordehandhaving gegeven. In het derde lid is de zogenaamde lichte bevelsbevoegdheid opgenomen die de burgemeester de bevoegdheid geeft bevelen te geven die noodzakelijk zijn voor handhaving van een dreigende of daadwerkelijke verstoring van de openbare orde. Van deze bepaling kan gebruik worden gemaakt als er geen andere bevoegdheid beschikbaar is. De lichte bevelsbevoegdheid wordt vooral gebruikt voor verblijfs- en gebiedsontzeggings ten aanzien van personen die de openbare orde (dreigen) te verstoren. In bepaalde gemeenten is dit nader geregeld in de APV maar niet in alle gemeenten. Deze lichte bevelsbevoegdheid is alleen voor incidentele verblijfsverboden.

48. Zie meer uitgebreid Muller, Rogier en Kummeling e.a. 2008

49. Gebaseerd op en geciteerd uit Muller, Rogier, Kummeling e.a. 2008, p. 244 ev. Zie over de lange discussie over openbare ordebevoegdheden onder andere Hennekens 1985, Suijver 1985 en De Jong 2000.

50. Zie meer uitgebreid de bespreking van de verschillende artikelen in de Gemeentewet in Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid.

51. HR 30 juni 2007, LJN AZ2104, Gst 2007, 11 met noot L.J.J. Rogier.

52. Zie onder andere Brouwer en Schilder 2011; De Jong 2013; Hennekens 2013.

*Bestuurlijke ophouding (artikelen 154a en 176a Gemeentewet).* Deze artikelen bieden de burgemeester de bevoegdheid een groep personen maximaal twaalf uur door de politie op een door hem aangewezen plaats tijdelijk te doen ophouden. Deze groep personen wordt hun vrijheid tijdelijk ontnomen. Dit kan voor verschillende situaties met (art. 156a) en zonder (art. 176a) machtiging van de gemeenteraad. Er zijn verschillende procedurele en inhoudelijke voorwaarden gesteld waaronder tot bestuurlijke ophouding kan worden overgegaan. Voor de praktijk blijken vooral de organisatorische en juridische voorwaarden voor bestuurlijk ophouden dermate complex dat er feitelijk zelden gebruik van wordt gemaakt.

*Noodbevelen en noodverordeningen (artikelen 175 en 176 Gemeentewet).* Deze bevoegdheden bieden de burgemeester de mogelijkheid in noodsituaties bevelen te geven en verordeningen uit te vaardigen. Noodbevelen en noodverordeningen hebben al een lange geschiedenis. Het gaat daarbij niet alleen om daadwerkelijke schending van de openbare orde of inbreuk op de openbare veiligheid, maar ook om de dreiging van een schending van de openbare orde of aantasting van de openbare veiligheid. Het proportionaliteits- en subsidiariteitscriterium is expliciet van toepassing. Het onderscheid tussen een noodbevel en de lichte bevelsbevoegdheid op grond van lid 172 lid 3 Gemeentewet is niet altijd duidelijk. Met een noodbevel kan een verdergaande inbreuk op grondrechten gemaakt worden, maar in de praktijk blijkt de reikwijdte van de lichte bevelsbevoegdheid meestal te voldoen. In de praktijk worden de noodbevelen en noodverordeningen niet vaak gebruikt. In de praktijk zijn noodbevelen heel veel gebruikt, zeker tot dat korte verblijfsontzeggingen in de APV werden geregeld. Het onderscheid is strikt; in geval van uitoefening van een noodbevoegdheid kunnen andere wettelijke regels opzij worden geschoven, in geval van de uitoefening van een normale bevoegdheid kan dat niet.

*Aanwijzing veiligheidsrisicogebied en preventief fouilleren (artikel 151b Gemeentewet).* De burgemeester kan op basis van deze bevoegdheid een veiligheidsrisicogebied aanwijzen vanwege (dreigende) verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens. Op grond van deze aanwijzing kan de officier van justitie de politie opdracht geven een ieder te fouilleren op wapens en bagage en auto's op wapens te doorzoeken, het zogenaamde preventief fouilleren. Deze bevoegdheid is dan ook niet alleen gericht op de handhaving van de openbare orde maar ook op de opsporing van strafbare feiten. Veel gemeenten hebben inmiddels in hun APV een bepaling opgenomen dat de burgemeester de bevoegdheid geeft om een veiligheidsrisicogebied aan te wijzen.<sup>53</sup>

53. Gebaseerd op en geciteerd uit Muller, Rogier en Kummeling 2008, p. 244 -252.

*Wet Maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast/ artikel 172a en 172b Gemeentewet.*<sup>54</sup> In 2010 zijn deze nieuwe bepalingen 172a en 172b in de Gemeentewet opgenomen. Zij hebben als doel om gericht bevelen te geven aan specifieke personen of om zich ergens niet op te houden of hem te verplichten zich te melden. Het gaat hier om een gebiedsverbod, een groepsverbod en/of een meldplicht. De burgemeester kan aan een persoon die herhaaldelijk individueel of groepsgewijs de openbare orde heeft verstoord of bij groepsgewijze verstoring van de openbare orde een leidende rol heeft gehad, bij ernstige vrees voor verdere verstoring van de openbare orde een bevel geven:

- a. zich niet te bevinden in of in de omgeving van een of meer bepaalde objecten binnen de gemeente, dan wel in een of meer bepaalde delen van de gemeente;
- b. zich niet in een of meer bepaalde delen van de gemeente op een voor het publiek toegankelijke plaats zonder redelijk doel met meer dan drie andere personen in groepsverband op te houden; of
- c. zich op bepaalde tijdstippen te melden op bepaalde plaatsen, al dan niet in een andere gemeente.

Dit bevel kan voor drie maanden worden gegeven en drie maal worden verlengd met dezelfde periode. De bevoegdheid hiertoe wordt verstrekt aan de burgemeester waarbij wel een zekere afstemming met een eventuele gedragsaanwijzing van de officier van justitie dient plaats te vinden. Artikel 172 b maakt het mogelijk dat niet alleen voor meerderjarigen te doen maar ook minderjarigen onder dit regime te laten vallen.

De Gemeentewet biedt vooral de burgemeester ruime bevoegdheden om vooraf en tijdens verstoringen van de openbare orde en crises te kunnen ingrijpen. Dat heeft geleid tot discussies omtrent de positie van de burgemeester waarbij de vraag centraal stond of de burgemeester nog boven de partijen kon staan of primair een handhaver van de openbare orde wordt.<sup>55</sup>

### 3.3.2 Politiewet 2012 en nadere regelingen

De Politiewet 2012 biedt enkele cruciale bepalingen op het terrein van optreden bij openbare ordeverstoringen. Cruciaal is dat in artikel 3 de politie als een van haar kerntaken heeft gekregen om als onderdeel van het daadwerkelijk zorgen voor het handhaven van de rechtsorde de openbare

54. Zie Rogier 2013. Zie ook Brouwer en Schilder 2011.

55. Zie onder ander Dolle 2010; Muller, Rogier, Kummeling e.a. 2008; Engberts en Cornelissen 2010; Mein 2010; Sackers 2010

orde te handhaven. Openbare orde handhaving is daarmee een van de cruciale taken van de politie.

In de Politiewet wordt een verdeling gemaakt tussen het gezag van de officier van justitie en van de burgemeester over de politie. Daarbij valt de politie op grond van artikel 11 Politiewet 2012 onder het gezag van de burgemeester. “In de oorspronkelijke betekenis duidde de handhaving van de openbare orde en rust op de klassieke bestuurstaak zoals die in de vorige eeuw wordt voorgesteld. In de loop der tijd is deze taak, mede als gevolg van de in de oude Gemeentewet genoemde bevoegdheden, vooral gezien als de zorg om grootschalige verstoring te bestrijden. (...) Het gezagsdualisme brengt met zich dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de taken waarvoor de burgemeester het bevoegd gezag is, respectievelijk taken waarvoor de OvJ het bevoegde gezag is. Verstoringen van de openbare orde gaan veelal gepaard met het plegen van strafbare feiten, terwijl het plegen van een strafbaar feit ook de openbare orde kan verstoren. De handhaving van de openbare orde zal, met uitzondering bijvoorbeeld van optreden bij bepaalde grootschalige evenementen, vaak bestaan in het voorkomen, het bestrijden en het beeindigen van strafbare feiten.”<sup>56</sup> De Politiewet 2012 biedt vervolgens vele bepalingen waarin de organisatie en samenwerking van de politie worden geregeld evenals de verplichting voor de burgemeester en de officier van justitie om in het driehoeksoverleg tot afstemming van maatregelen en beleid te komen.

Daarnaast biedt de Politiewet 2012 enkele bepalingen op grond waarvan de politie daadwerkelijk geweld kan gebruiken (artt 6-10). In de Ambtsinstructie voor de politie wordt dit nader uitgewerkt. Deze bevoegdheden kunnen ook – onder specifieke voorwaarden – worden ingezet in geval de politie wordt ingezet bij openbare orde verstoringen. Binnen de Politiewet is ook in het bijzonder aandacht voor de Koninklijke Marechaussee die ook specifieke taken ten aanzien van de openbare orde handhaving kan uitoefenen. De Politiewet maakt verschillende nadere regelingen noodzakelijk die ook een relatie hebben met openbare ordehandhaving zoals de Regeling Mobiele Eenheid, de Regeling Dienst Speciale Interventies. Deze regelingen geven nadere detailleringen hoe welke organisatie-onderdelen in geval van specifieke verstoringen van de openbare orde moeten handelen.

### 3.3.3 Wet openbare manifestaties

Bevoegdheden met betrekking tot openbare manifestaties, betogingen en demonstraties, zijn weergegeven in de Wet openbare manifestaties. Op

56. Sackers 2014, p. 1658.

basis van deze wet kunnen kennisgeving en andere voorwaarden worden opgelegd aan de organisatoren van manifestaties. In bijzondere gevallen kan ook tot een verbod worden gekomen. Het ontbreken van een kennisgeving kan reden zijn voor het verbod van een manifestatie. Veelal is er sprake van een nadere regeling in de APV. “De Wet openbare manifestaties strekt tot regulering van de uitoefening van de in art. 6 en 9 Gw verankerde grondrechten, te weten de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en het recht tot vergadering en betoging. De opbouw van de wet is als volgt. Par. II bevat regels voor godsdienstige en levensbeschouwelijke bijeenkomsten enerzijds en vergaderingen en betogingen anderzijds voor zover deze bijeenkomsten, vergaderingen en betogingen plaatsvinden op openbare plaatsen. De burgemeester kan hier zowel preventief als repressief optreden indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Par. III bevat regels voor vergaderingen en betogingen op andere dan openbare plaatsen. De burgemeester beschikt in dit soort gevallen alleen over een repressieve bevoegdheid tot ontbinding van de vergadering of betoging, indien de bescherming van de gezondheid of voorkoming van wanordelijkheden dat vordert.”<sup>57</sup> Ook in deze wet vormt de burgemeester de centrale autoriteit als het gaat om het voorkomen van verstoringen van de openbare orde.<sup>58</sup>

#### 3.3.4 Rechterlijke bevelen tot handhaving openbare orde

Het Wetboek van Strafrecht biedt vanzelfsprekend vele artikelen waar verschillende vormen van verstoringen van de openbare orde strafbaar wordt gesteld. Titel V van het Wetboek van Strafrecht gaat nader in op de misdrijven tegen de openbare orde. Voor de inhoud van dit preadvies is dit niet verder van belang.

Wel wil ik hier ingaan op enkele specifieke artikelen die betrekking hebben op de rechterlijke bevelen tot handhaving van de openbare orde (artt 540 Wetboek van Strafvordering). In het voorgaande hebben we gezien dat de burgemeester primair verantwoordelijk is voor de handhaving van de openbare orde. De wetgever vond het echter ook wenselijk en noodzakelijk om de onafhankelijke rechter een bevoegdheid te geven op te kunnen treden in geval van openbare orde verstoringen ten aanzien van specifieke verdachten. “Onder bepaalde voorwaarden kan de RC op vordering van de OvJ bevelen opleggen aan een verdachte. Die bevelen strekken tot voorkoming van herhaling of voortzetting van het strafbare feit waarvoor de verdachte is aangehouden of waarvoor de verdachte bestuurlijk is opgehouden. De toepassing van rechterlijke bevelen preludeert op de strafvervol-

57. Brouwer en Schilder 2014, p. 61.

58. Zie ook Loof 2007.

ging. De bevelen worden voor een bepaalde tijd gegeven en eindigen van rechtswege op het ogenblik dat het vonnis dat terzake van het strafbare feit is geweest, in kracht van gewijsde gaat of ten uitvoer kan worden gelegd (art. 543 lid 2). Wanneer de verdachte niet bereid is zich aan de bevelen te onderwerpen, beveelt de RC de inverzekeringstelling van de verdachte. De verdachte kan tegen het bevel tot inverzekeringstelling hoger beroep aantekenen.”<sup>59</sup>

### 3.4 Regelingen terrorismebestrijding

Sinds de aanslagen van 11 september 2011 in de Verenigde Staten krijgen terrorisme en terrorismebestrijding steeds meer aandacht. Dat heeft natuurlijk ook geleid tot allerlei aanvullingen en wijzigingen van wetten en regelingen.<sup>60</sup> Nederland heeft echter geen aparte terrorismebestrijdingswet.<sup>61</sup> De wettelijke en andere bepalingen rond terrorismebestrijding zijn onderdeel van andere regelingen. De meeste daarvan hebben betrekking op bijvoorbeeld de wijze van opsporing en vervolging van terroristische misdrijven in het *Wetboek van Strafvordering* in het bijzonder de artikelen 1276za tot en met 126zu. Het *Besluit opsporing terroristische misdrijven* geeft hier nadere invulling aan. Aangezien dit preadvies zich niet specifiek richt op de opsporing en vervolging zal ik hier dan ook volstaan met verwijzing naar de relevante literatuur hierover.<sup>62</sup> Vanzelfsprekend kan de opsporing en vervolging wel een belangrijk onderdeel zijn van de wijze waarop de autoriteiten reageren indien zich een terroristische aanslag voordoet. Daarmee kan het wel een belangrijk onderdeel van de feitelijke crisisbeheersing zijn.

Tevens is er een *Wet ter voorkomen van witwassen en financiering* van terrorisme tot stand gekomen. Deze wet richt zich echter vooral op de preventie van terrorisme en niet zozeer op het optreden als zich daadwerkelijk terroristische crises voordoen. In het kader van dit preadvies verdient ze dan ook wel vermelding maar is het niet noodzakelijk deze wet verder uit te werken.

De *Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002* regelt de taken, organisatie en bevoegdheden, sturing en toezicht en waarborgen van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten ook met betrekking tot het voorkomen

59. Van der Meij 2014, p. 562.

60. Zie Duffy 2013 voor een overzicht van internationale regelingen met betrekking tot terrorismebestrijding. Zie Van der Woude 2010 en Kwakman 2013 voor de ontwikkeling van de Nederlandse wetgeving.

61. Zie Raad voor het Openbaar Bestuur 2005.

62. Kwakman 2013.

van terroristische aanslagen.<sup>63</sup> Ten aanzien van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten is van belang dat bij dreigende terroristische aanslagen inlichtingen worden verzameld en uitgewisseld die een belangrijke rol kunnen spelen in de crisisbeheersing. Een uitgebreide wetsevaluatie eind 2013 toont de vele verschillende facetten van de wetgeving en functioneren van de geheime diensten in Nederland.<sup>64</sup> Voor dit preadvies zijn de volgende zaken van belang. De taakomschrijving van de AIVD toont een mogelijke directe relatie met de crisisbeheersing:

- a. het verrichten van onderzoek met betrekking tot organisaties en personen die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat;
- b. het verrichten van veiligheidsonderzoeken als bedoeld in de Wet veiligheidsonderzoeken;
- c. het bevorderen van maatregelen ter bescherming van de onder a genoemde belangen, waaronder begrepen maatregelen ter beveiliging van gegevens waarvan de geheimhouding door de nationale veiligheid wordt geboden en van die onderdelen van de overheidsdienst en van het bedrijfsleven die naar het oordeel van Onze ter zake verantwoordelijke Ministers van vitaal belang zijn voor de instandhouding van het maatschappelijk leven;
- d. het verrichten van onderzoek betreffende andere landen ten aanzien van onderwerpen die door Onze Minister-President, Minister van Algemene Zaken, in overeenstemming met Onze betrokken Ministers zijn aangewezen;
- e. het opstellen van dreigings- en risicoanalyses op verzoek van Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Onze Minister van Veiligheid en Justitie gezamenlijk ten behoeve van de beveiliging van de personen, bedoeld in de artikelen 4, derde lid, onderdeel b, en 42, eerste lid, onder c, van de Politiewet 2012 en de bewaking en de beveiliging van de objecten en de diensten die zijn aangewezen op grond van artikel 16 van die wet.

Vooraf de taken die vermeld staan onder a, c en e kunnen een directe relatie hebben met acute crisisbeheersing. Artikel 36 biedt de inlichtingen- en veiligheidsdiensten de mogelijkheid de gegevens die zij hebben verzameld aan externen te verstrekken. “Art. 36 regelt de externe verstrekking van gegevens aan personen en instanties buiten de diensten. Het doel van het werk van de diensten is immers het tijdig kunnen waarschuwen van de verantwoordelijke instanties zodat ze maatregelen kunnen treffen. De externe verstrekking van gegevens dient dan ook gericht te zijn op die organisaties

63. Muller 2013, Commissie Evaluatie WIV 2013

64. Commissie Evaluatie WIV 2013.

die daadwerkelijk maatregelen kunnen treffen. Het kan gaan om directe informatie die de diensten uit onderzoeken naar voren halen, maar het kan ook gaan om zogenaamde bijvangst.”<sup>65</sup> Deze bepaling kan waarde hebben voor bepaalde vormen van crisisbeheersing als het gaat om dreiging van terroristische aanslagen.

Ten aanzien van crisisbeheersing bij terrorisme verdient een regeling bijzonder aandacht en dat is het *Besluit tijdelijke herindelings van ministeriële taken in geval van een terroristische dreiging met een urgent karakter*.<sup>66</sup> “De Minister van Veiligheid en Justitie is aangewezen als coördinerend minister voor terrorismebestrijding. Ten tijde van een terroristische crisis wordt op nationaal niveau gehandeld conform het Nationaal Handboek. Dit betekent dat in een situatie die vraagt om coördinatie van intersectorale crisisbeheersing en besluitvorming over de samenhangende aanpak daarvan op politiek-bestuurlijk niveau de Ministeriële Commissie Crisisbeheersing (MCCb) bijeen kan komen. De organisatie en werkwijze van de MCCb en de ambtelijke advisering en ondersteuning zijn nader uitgewerkt en beschreven in het Nationaal Handboek Crisisbesluitvorming. De Minister van Veiligheid en Justitie is als coördinerend minister voor crisisbeheersing voorzitter van de Commissie tenzij de minister-president beslist dat hij voorzitter is. Gelet op de kenmerken van een terroristische dreiging en de potentiële schade voor samenleving en rechtsorde, is gemeend dat een voorziening nodig is waarbij de coördinerend bewindspersoon in spoedeisende gevallen de noodzakelijke besluiten voor het voorkomen van een terroristisch misdrijf of het op voorhand beperken van de gevolgen daarvan kan nemen, ook wanneer deze de bevoegdheid zijn van een andere minister. Deze ‘doorzettingsmacht’ wordt in dit besluit omschreven.”<sup>67</sup> “Een aantal taken en bevoegdheden wordt noodzakelijk geacht voor effectieve bestrijding van terrorisme. Deze worden in uitzonderingsgevallen in handen van de Minister van Veiligheid en Justitie gelegd, ook als ze toekomen aan een andere minister. Voorbeelden van dergelijke maatregelen zijn het sluiten of beperken van de toegankelijkheid van delen van het Nederlandse luchtruim voor burgerluchtverkeer of het blokkeren van het GSM-verkeer. De Minister van Veiligheid en Justitie beschikt echter niet permanent over deze doorzettingsmacht en kan niet in alle gevallen van opkomende terroristische dreiging dan wel bij de bestrijding van de gevolgen van een terroristische incident op basis van deze doorzettingsmacht handelen. Niet het feit dat het hier om terrorisme gaat, maar een combinatie van een aantal inhoudelijke en interdepartementale omstandigheden ten

65. Muller 2013, p. 1565.

66. Staatsblad 2008, 160.

67. Bron 2013, p. 1089.

tijde van het terroristische incident maken dat de doorzettingsmacht wordt geactiveerd.”<sup>68</sup>

De doorzettingsmacht van de minister van Veiligheid en Justitie in spoedeisende terroristische crises is een afwijking van de andere wetten en regelingen voor crisisbeheersing. Dit is niet in een formele wet, maar in een besluit geregeld. “Het kabinet heeft aanvankelijk aangekondigd dat dit bij wet geregeld zal worden, maar dat het noodzakelijk is dat in de tussenliggende periode tot aan de inwerkingtreding van deze wet, de coördinerende minister voor terrorismebestrijding van deze bevoegdheden gebruik zal kunnen maken. Daartoe strekt dit besluit. De aangekondigde wettelijke regeling is in 2005 aan de Raad van State aangeboden (*Stcrt.* 2012, 22476). Bij brief van 25 oktober 2010 heeft de minister-president aan de voorzitter van de Tweede Kamer evenwel laten weten het wetsvoorstel te zullen intrekken (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 417, nr. 47). De reden daartoe is dat het wetsvoorstel naar aard en strekking overeenkomt met het onderhavige besluit. Hiermee kan een eventuele terroristische crisis adequaat worden geadresseerd en het wetsvoorstel is daarmee overbodig.”<sup>69</sup> Het blijft echter merkwaardig dat een dergelijke vergaande wijziging van bevoegdheden tussen de ministers in een besluit van de ministerraad is geregeld en niet in een wet in formele zin.

Ten slotte dient in deze paragraaf nog de *Regeling Dienst speciale interventies* uit 2009 genoemd te worden. Deze Dienst Speciale Interventies heeft in het kader van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde volgende taken:

- a. Het bestrijden van alle vormen van ernstig geweld dan wel terrorisme over het gehele spectrum;
- b. De beveiliging van personen en objecten in bijzondere situaties en
- c. Het uitvoeren van andere door de Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, van Justitie en van Defensie opgedragen bijzondere onderdelen van de politietaak.

Met deze regeling wordt de organisatie, structuur, inzet en bewapening van de DSI geregeld. Onnodig te zeggen dat de DSI vooral bij terroristische incidenten van groot belang kan zijn. Voor een effectieve crisisbeheersing rond terroristische aanslagen is deze regeling dan ook van groot belang.

68. Bron 2013, p. 1091

69. Bron 2013, p. 1092.

### 3.5 *Regelingen digitale en andere crises*

#### 3.5.1 Digitale crises

Naast de boven besproken meer klassieke crises is Nederland de afgelopen jaren enkele malen geconfronteerd met digitale crises. De verwachting is dat ook in de komende jaren vooral deze vorm van crisis zich frequenter zal voordoen. De kwetsbaarheid, complexiteit en onderlinge afhankelijkheid van ICT voorzieningen in de huidige samenleving is zodanig dat bedreigingen en verstoringen verstrekkende gevolgen kunnen hebben. Het ongestoord functioneren van de samenleving kan daarmee rechtstreeks in gevaar komen. Zonder enige discussie vormt dit een belangrijke bedreiging van de nationale veiligheid.

Het ontbreekt op dit moment aan overkoepelende wet- en regelgeving ten aanzien van crisisbeheersing bij digitale incidenten. Er bestaat wel een scala van bevoegdheden die tezamen kunnen worden toegepast bij digitale incidenten. Uitgangspunt is dat bij ernstige digitale incidenten de eerder besproken nationale crisisstructuur in werking zal treden daarbij ondersteund door het Nationaal Cyber Security Centrum.<sup>70</sup> Ten aanzien van de noodzakelijke bevoegdheden en interventiemogelijkheden schrijft de minister van Veiligheid en Justitie in juli 2012 het volgende. “Ten tijden van een ICT-crisis met (potentieel) maatschappelijke ontwrichting is snel en kundig handelen van belang. Het is daarom wenselijk voor de overheid om in elk geval de beschikking te hebben over oplopende sectorale interventiemogelijkheden:

- de bevoegdheid voor het verkrijgen van informatie;
- de bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing met last onder bestuursdwang;
- de bevoegdheid tot het aanwijzen van een functionaris namens de overheid.

Vanuit mijn coördinerende rol op het terrein van cyber security zal ik zorg dragen voor het realiseren van bovenstaande bevoegdheden voor de randvoorwaardelijke vitale sectoren en de Rijksoverheid. In deze bevoegdheden wordt thans voor bepaalde sectoren al in belangrijke mate voorzien in sectorale wetgeving (bv. de telecomsector, de energiesector en de sector financiën). Voor de Rijksoverheid (inclusief de sector Keren en Beheren voor zover het beheer van het Rijk betreft) geldt dat de nationale crisis-

70. *Juridische kader Cyber Security*, 8 december 2011; NCTV, *Meldplicht en interventiemogelijkheden*, 6 juli 2012; Zie ook wetsvoorstel Wet melding inbreuken elektronische informatiesystemen, 16 juli 2013

structuur deze bevoegdheden borgt. Voor alle betrokken sectoren zal samen met de desbetreffende departementen worden bezien hoe, in aanvulling op de al voor deze sectoren wettelijk geregelde interventiebevoegdheden, in nadere wettelijke regelgeving moet worden voorzien. Zo nodig zal ik de totstandbrenging van aanvullende sectorale wetgeving bevorderen door middel van een verzamelwet. De handhaving van sectorale wet- en regelgeving is geborgd bij de sectorale toezichthouders. De Minister van Veiligheid en Justitie is coördinerend op cyber security en treedt – behoudens bij terrorisme – niet in de bevoegdheden van andere departementen.” Bij het wetsvoorstel Wet melding inbreuken elektronische informatiesystemen in juli 2013 schrijft de minister het minder stellig op. “Wijzigingen van of aanvullingen op de in de huidige regelgeving al opgenomen interventiebevoegdheden zullen, zoals aangegeven in de eerdergenoemde brief d.d. 6 juli, waar nodig een plaats krijgen in ontwerpwetgeving van de voor de betrokken sectoren verantwoordelijke ministers. Daarbij vervult de Minister van Veiligheid en Justitie een coördinerende rol.”<sup>71</sup> Duidelijk is dat de huidige mogelijkheden tot interventie tijdens digitale crises verspreid zijn over vele wetten en vele organen. De sectorale wetgeving blijft vooralsnog bestaan. Er is nog geen verzamelwet van de interventiemogelijkheden die nu in de afzonderlijke sectorale wetten zijn opgenomen.

In het kader van het wetsvoorstel voor een meldplicht bij digitale incidenten is een overzicht gemaakt van het huidig geldende wettelijk kader voor cyber security.<sup>72</sup> In een uitgebreid rapport en in een uitgebreide bijlage bij een brief van de minister aan de Tweede Kamer worden de wettelijke bepalingen met betrekking tot het doen van een melding en het verstrekken van informatie, verplichtingen tot het onder meer treffen van maatregelen en interventiemogelijkheden weergegeven. Daaruit blijkt dat voor verschillende sectoren verschillende wetten en regelen gelden. Onder andere zijn voor de verschillende sectoren de Electriciteitswet, de Gaswet, de Drinkwaterwet, de Waterwet, de Waterschapswet, Gemeentewet, Provinciewet, Telecommunicatiewet, Wet luchtvaart, Havennoodwet, Wet op het financieel toezicht en Noodwet financieel verkeer van belang als het gaat om de mogelijkheden die er zijn op voor en tijdens digitale crises te kunnen optreden. Het ontbreekt aan een integrale wettelijke regeling voor het overheidsoptreden bij digitale incidenten.

71. Wetsvoorstel Wet melding inbreuken elektronische informatiesystemen, 16 juli 2013, p. 6.

72. Juridische kader Cyber Security, 8 december 2011; NCTV, Meldplicht en interventiemogelijkheden, 6 juli 2012; Zie ook wetsvoorstel Wet melding inbreuken elektronische informatiesystemen, 16 juli 2013.

### 3.5.2 Regelingen andere crises

Naast digitale crises kunnen zich ook op hele andere terreinen crises voordoen. Uitgangspunt hierbij is ook dat de algemene crisisstructuur in werking treedt die in de Wet op de veiligheidsregio's en het Nationaal Handboek Crisisbesluitvorming is weergegeven. Daarnaast zijn er allerlei specifieke sectorale bevoegdheden die kunnen worden ingezet. Op de sites van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid en het Instituut Fysieke Veiligheid staan specifieke wetten en regelingen ten aanzien van crises in de volgende sectoren weergegeven:<sup>73</sup>

- Arbeid en sociale zekerheid
- Binnenvaart
- Bouw
- Buisleidingen
- Buitenlandse zaken en vreemdelingen
- Cultureel erfgoed
- Defensie
- Dierziekten en plantenziekten
- Drinkwater, levensmiddelen, diervoeders, biologische agentia
- Elektriciteit en gas
- Financieel verkeer
- Geneeskundige hulpverlening en infectieziektenbestrijding
- Justitie
- Luchtvaart
- Media en openbaarheid
- Milieu
- Noordzee, zeescheepvaart, havens
- Olie
- Onderwijs
- Openbare orde
- Oppervlaktewater en waterkering
- Prijzen en lonen
- Rampenbestrijding algemeen
- Schaarste algemeen
- Spoorvervoer
- BVS Telecommunicatie en post
- Weerberichtgeving
- Wegvervoer

73. Zie Instituut Fysieke Veiligheid, Crisis en recht en Bestuurlijke Netwerkkarten Crisisbeheersing, 2013.

Ten aanzien van al deze sectoren en onderwerpen bestaan aparte wetten en regelingen die bevoegdheden en interventiemogelijkheden creëren om tijdens crises te kunnen optreden. In het bijzonder moeten daarbij de zogenaamde rijksheren worden genoemd. Dit zijn “aangewezen functionarissen die in buitengewone omstandigheden noodbevoegdheden namens de minister kunnen uitoefenen. Ze komen in beeld als er een vitaal belang wordt bedreigd en de normale bevoegdheden ontoereikend zijn om die dreiging aan te pakken.”<sup>74</sup> Dit leidt in zijn totaliteit tot een zeer omvangrijke verzameling wetten en regelingen waarin ter zake van specifieke crises in specifieke domeinen specifieke bevoegdheden en verplichtingen voor specifieke overheidsorganisaties en rijksheren worden geregeld.

### 3.6 *Staatsnoodrecht*

Ten slotte wil ik in dit preadvies kort aandacht besteden aan de wijze waarop het staatsnoodrecht voor uitzonderingstoestanden in Nederland is vormgegeven.<sup>75</sup> Het gaat in deze paragraaf om de inwerkstelling van noodwetgeving op grond van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden. Voor crisisbeheersing kan dit staatsnoodrecht van belang zijn hoewel slechts in de afgelopen vijftig jaar het maar een heel enkele keer in de praktijk is gebruikt. De artikelen 175, 176 Gemeentewet, het opperbevel en de aanwijzingsbevoegdheden, die ook tot het staatsnoodrecht gerekend zouden kunnen worden zijn in het verleden wel regelmatig ingezet. De focus in deze paragraaf ligt echter op de noodwetgeving op grond van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

De *Coördinatiewet uitzonderingstoestanden* is gebaseerd op artikel 103 Grondwet. Dit artikel geeft de opdracht om in een wet de gevallen aan te geven waarin een uitzonderingstoestand kan worden afgekondigd en waarbij grondrechten kunnen worden ingeperkt. Deze Coördinatiewet heeft betrekking op de inwerkstelling van noodwetgeving onder de paraplu van een noodtoestand. De Coördinatiewet uitzonderingstoestanden regelt dat als buitengewone omstandigheden dat noodzakelijk maken ter handhaving van de uitwendige en inwendige veiligheid bij koninklijk besluit de beperkte of de algemene noodtoestand kan worden afgekondigd. Het begrip buitengewone omstandigheden is niet nader gekwalificeerd. “Deze term geeft geen feitelijke situatie aan, maar is een juridische kwalificatie. (...) Omdat het een juridische kwalificatie is, kan er sprake zijn van buitengewone omstandigheden in zowel ‘kleine als grote noodsituaties’, waarbij beperkte of meer omvattende maatregelen worden getroffen: bijvoorbeeld

74. Site NCTV.

75. Zie ook Brainich 1993.

van het uitvaardigen van een noodverordening door de burgemeester bij een risicowedstrijd tot het instellen van een bankenmoratorium op grond van de Noodwet financieel verkeer.”<sup>76</sup> “De Coördinatiewet uitzonderingstoestanden onderscheidt twee uitzonderingstoestanden, de beperkte noodtoestand en de algemene noodtoestand. Indien een noodtoestand is afgekondigd, dan kunnen noodbepalingen in werking worden gesteld. Dat geldt zowel voor noodbepalingen die tevens separaat bij koninklijk besluit in werking worden gesteld als voor noodbepalingen die alleen ten tijde van het bestaan van een uitzonderingstoestand in werking kunnen worden gesteld. Deze laatste groep betreft bevoegdheden op grond waarvan kan worden afgeweken van de Grondwet.”<sup>77</sup>

Met behulp van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden kunnen zowel voor de beperkte noodtoestand als voor een noodtoestand specifiek omschreven wetten in werking worden gesteld. Onder de beperkte noodtoestand kan worden afgeweken van de bepalingen in de Grondwet omtrent bevoegdheden van organen van decentrale overheden. Het gaat bij de beperkte noodtoestand om de volgende wetten en bepalingen die in werking kunnen worden gesteld:

- van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag: de artikelen 5, 6, 7, 8,
- eerste en derde lid, 9, eerste, tweede, derde en vijfde lid, en 10 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Oorlogswet voor Nederland: de artikelen 9 tot en met 23 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Wet bescherming staatsgeheimen: artikel IIIa;
- van de Noodwet rechtspleging: de artikelen 2 tot en met 14;
- van de Vreemdelingenwet 2000: artikel 111;
- van de Wet verplaatsing bevolking: de artikelen 2a, 2b, 2c, 2e, 3, 4, 5, eerste lid, 6, 7, eerste lid, en 8, eerste lid, gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Wet veiligheidsregio's: de artikelen 53 en 54;
- van de Noodwet financieel verkeer: de artikelen 3 tot en met 32 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Comptabiliteitswet 2001: artikel 97, eerste lid;
- van de Wet militaire inundaties: de artikelen 1a, 2 en 3;
- van de Kaderwet dienstplicht: artikel 19, eerste lid;
- van de Inkwartieringswet: de artikelen 28, 29 en 35;
- van de Onteigeningswet: de artikelen 76a bis tot en met 76f bis;
- van de Woningwet: de artikelen 101 a, 102 en 103 gezamenlijk;
- van de Wet behoud scheepsruimte 1939: de artikelen 2 tot en met 4, 8 en 9;
- van de Luchtvaartwet: de artikelen 58 tot en met 61 gezamenlijk of afzonderlijk;

76. Brainich 2014-3, p. 2000

77. Brainich 2014-3, p. 2012.

- de artikelen 8, 9, 10, 12, 13, 15 en 17 gezamenlijk of afzonderlijk;
- de artikelen 6 en 8 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen: artikel 60;
- van de Vaarplichtwet: de artikelen 2a, 10, 11, 16, 17, 18 en 20;
- van de Binnenvaartwet: artikel 53;
- van de Scheepvaartverkeerswet: de artikelen 37a, eerste lid, en 38 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Loodsenwet: de artikelen 52 en 53, eerste lid, gezamenlijk of afzonderlijk;
- de Telecommunicatiewet, artikel 14.4, eerste en tweede lid;
- van de Postwet 2009;
- van de Wet rijonderricht motorrijtuigen 1993: artikel 8b;
- van de Wet luchtvaart: de artikelen 9.3, 9.4 en artikel 9.5 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Wegenverkeerswet 1994: artikel 4, derde, vierde en vijfde lid;
- van de Distributiewet: de artikelen 4 tot en met 8 en 10a gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Hamsterwet: artikel 3;
- van de Vorderingswet: artikel 3a;
- van de Prijzennoodwet: de artikelen 5 en 8 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Bodemproductiewet 1939: de artikelen 2 tot en met 4, 8 tot en met 10;
- van de Noodwet voedselvoorziening: de artikelen 6 tot en met 14;
- van de Noodwet arbeidsvoorziening: een of meer van de paragrafen van hoofdstuk II;
- van de Noodwet geneeskundigen: een of meer van de paragrafen van hoofdstuk II;
- van de Warenwet: artikel 2a;
- van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen: artikel 32.

Voor de situatie waarin een algemene noodtoestand wordt afgekondigd en waarbij dus ook van grondrechten van burgers kan worden afgeweken kunnen de navolgende wetten en bepalingen in werking treden:

- van de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag: de artikelen 5, 6, 7, 8, eerste en derde lid, 9, eerste, tweede, derde en vijfde lid, 10 tot en met 13, 14, eerste lid, 15, eerste en derde lid, 16, eerste, tweede en derde lid, 17, eerste, tweede en derde lid, en 18 gezamenlijk of afzonderlijk en de artikelen 19 tot en met 25, 26, tweede lid, 27 en 28 gezamenlijk;
- van de Oorlogswet voor Nederland: de artikelen 9 tot en met 43 gezamenlijk of afzonderlijk en de artikelen 44 tot en met 53 gezamenlijk;
- van de Wet bescherming staatsgeheimen: artikel IIIa;
- van de Noodwet rechtspleging: de artikelen 2 tot en met 14, alsmede artikel 17;
- van de Vreemdelingenwet 2000: artikel 111;
- van de Wet verplaatsing bevolking: de artikelen 2a, 2b, 2c, 2e, 3, 4, 5, eerste lid, 6, 7, eerste lid, en 8, eerste lid, gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Wet veiligheidsregio's: de artikelen 53 en 54;
- van de Noodwet financieel verkeer: de artikelen 3 tot en met 32 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Comptabiliteitswet 2001: artikel 97, eerste lid;

- van de Wet militaire inundaties: de artikelen 1a, 2 en 3;
- van de Kaderwet dienstplicht: artikel 19, eerste lid;
- van de Inkwartieringswet: de artikelen 28, 29 en 35;
- van de Onteigeningswet: de artikelen 76a bis tot en met 76f bis;
- van de Woningwet: de artikelen 101 a, 102 en 103 gezamenlijk;
- van de Wet behoud scheepsruimte 1939: de artikelen 2 tot en met 4, 8 en 9;
- van de Luchtvaartwet: de artikelen 58 tot en met 61 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Vervoersnoodwet: de artikelen 8, 9, 10, 12, 13, 15 en 17 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Havennoodwet: de artikelen 6 en 8 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen: artikel 60;
- van de Vaarplichtwet: de artikelen 2a, 10, 11, 16, 17, 18 en 20;
- van de Binnenvaartwet: artikel 53;
- van de Scheepvaartverkeerswet: de artikelen 37a, eerste lid, en 38 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Loodsenwet: de artikelen 52 en 53, eerste lid, gezamenlijk of afzonderlijk;
- de Telecommunicatiewet, artikel 14.4, eerste en tweede lid;
- van de Postwet 2009;
- van de Wet rijonderricht motorrijtuigen 1993: artikel 8b;
- van de Wet luchtvaart: de artikelen 9.3, 9.4 en 9.5 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Wegenverkeerswet 1994: artikel 4, derde, vierde en vijfde lid;
- van de Distributiewet: de artikelen 4 tot en met 8 en 10a gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Hamsterwet: artikel 3;
- van de Vorderingswet: artikel 3a;
- van de Prijzennoodwet: de artikelen 5 en 8 gezamenlijk of afzonderlijk;
- van de Bodemproductiewet 1939: de artikelen 2 tot en met 4, 8 tot en met 10;
- van de Noodwet voedselvoorziening: de artikelen 6 tot en met 14;
- van de Noodwet arbeidsvoorziening: een of meer van de paragrafen van hoofdstuk II;
- van de Noodwet geneeskundigen: een of meer paragrafen van hoofdstuk II;
- van de Mediawet 2008: artikel 6.26, tweede lid;
- van de Warenwet: artikel 2a;
- van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen: artikel 32.

Ik toon hierbij uitgebreid beide lijsten voor de beide vormen van noodtoestand om te laten zien welke noodbevoegdheden allemaal kunnen worden ingezet vanuit vele verschillende wetten en regelingen. Soms kunnen deze bevoegdheden alleen ingezet worden als er sprake is van een volgens de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden afgekondigde noodtoestand, in andere gevallen kan het ook – of ten dele – als het gaat om meer reguliere crisissituaties. In de praktijk van de crisisbeheersing zijn de afgelopen vijftig jaar deze bepalingen slechts zeer uitzonderlijk ingezet. Bijvoorbeeld evacuaties en opvang vinden in Nederland vooral plaats op grond van bevoegdheden in de Gemeentewet of de Wet veiligheidsregio's en niet op basis van de Wet verplaatsing bevolking.

Voor de feitelijke crisisbeheersing in Nederland heeft het noodrecht op basis van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden beperkte betekenis gehad. Hoewel verschillende moderneringsslagen hebben plaatsgevonden is de praktische betekenis voor de tegenwoordige crisisbeheersing klein gebleven. Met enige regelmaat wordt dan ook gevraagd om een modernisering van de noodwetgeving in Nederland, recentelijk weer door de commissie die de Wet op de veiligheidsregio's evalueerde. Tot nu toe is het daar niet van gekomen.

#### **4. Mogelijkheden en beperkingen Crisisbeheersingswet**

##### *4.1 Analyse huidige wettelijke regelingen*

In de voorgaande paragraaf zijn de wettelijke regelingen beschreven en geanalyseerd ten aanzien van crisisbeheersing bij verschillende soorten crises. In deze paragraaf geef ik een algemene analyse van de huidige wettelijke regelingen om te komen tot beantwoording van de vraag of het bestuurlijk verstandig en juridisch haalbaar is om te komen tot een integrale Crisisbeheersingswet. Op basis van de bovenstaande beschrijving en analyse en de relevante literatuur kom ik tot de volgende aandachtspunten.

*Complex en verspreid.* De wet- en regelgeving ten aanzien van crisisbeheersing in Nederland is complex en verspreid. Bevoegdheden, verplichtingen en organisaties zijn geregeld in zeer verschillende wetten en regelingen. Het is nauwelijks mogelijk in de praktijk van de crisisbeheersing om kennis en inzicht te hebben in de bestaande wettelijke mogelijkheden en beperkingen. Uitgebreide schema's en handboeken zijn nodig om alleen al een overzicht te krijgen van wat er precies geregeld is. De afgelopen jaren is het totaal aan bevoegdheden op elkaar gestapeld waardoor het ontbreekt aan een samenhangend stelsel. Feitelijk is het niet mogelijk om tot een goed overzicht te kunnen komen zeker niet voor kleinere organisaties zoals bijvoorbeeld veel van de Nederlandse gemeenten. De wet- en regelgeving op het terrein van de crisisbeheersing is daarmee onoverzichtelijk.

*Bevoegdheden en rechtsbescherming.* Omdat in de huidige verzameling van wet- en regelgeving de bevoegdheden van concrete organen in vele verschillende wetten is geregeld is voor deze actoren vaak niet duidelijk wat precies de inhoud en reikwijdte van de bevoegdheden zijn. Daardoor is voor de actoren – ook met het oog op de bevoegdheden van andere functionarissen – niet duidelijk over welke mogelijkheden ze wel en niet beschikken om voor, tijdens en na een crisis te kunnen optreden. Daarnaast zijn sommigen organen zoals bijvoorbeeld de burgemeester bevoegd om op te treden vanuit verschillende wetten en doelstellingen. Voor, tijdens en

na crises kunnen deze bevoegdheden soms met elkaar in conflict komen bijvoorbeeld belangen ten aanzien van openbare orde en veiligheid versus bevoegdheden met betrekking tot milieu. Voor alle actoren voor, tijdens en na crisisbeheersing moet duidelijk zijn over welke bevoegdheden zijn beschikken en wat de reikwijdte van deze bevoegdheden zijn. Op dit moment is dat niet duidelijk genoeg. Tevens bestaat er geen duidelijkheid over de mogelijkheden van rechtsbescherming bij verschillende ingrijpende beslissingen tijdens crises zoals in dit preadvies centraal staan. Over het algemeen zal het gaan om besluiten waar de Algemene wet bestuursrecht op van toepassing is, maar daarnaast gaat het veelal ook om feitelijke handelingen. De regimes voor rechtsbescherming in de verschillende besproken wetten en regelingen zijn – indien aanwezig – niet op elkaar afgestemd.

*Verskillende vormen.* De wet- en regelgeving ten aanzien van crisisbeheersing is op heel verschillende manieren vormgegeven. Soms is er sprake van een formele wet, soms is er sprake van een algemene maatregel van bestuur en in verschillende gevallen is er sprake van een ministeriele regeling of andere vorm van regeling. Dat leidt tot een scala aan verschillende typen regelingen die niet altijd op elkaar afgestemd zijn. Tevens worden soms vergaande bevoegdheden of organisatie-afspraken niet in een wet in formele zin vormgegeven. In een enkel geval is er ook sprake van concurrentie van deze verschillende wettelijke en andere regelingen zodat niet duidelijk is aan welke regeling prioriteit gegeven moet worden zoals bijvoorbeeld in het geval van de algemene regelingen voor crisisbeheersing en de regelingen voor terrorismebestrijding.

*Algemeen en sectoraal.* De wet- en regelgeving met betrekking tot crisisbeheersing is voor een deel algemeen maar voor het grootste deel sectoraal vorm gegeven. De laatste jaren heeft vooral met de Wet Veiligheidsregio's en het Nationaal Handboek Crisisbesluitvorming wel enige coördinatie en afstemming plaats gevonden. Voor veel crises zijn hierdoor de belangrijkste bevoegdheden en organisatievormen duidelijk geworden. Desalniettemin zijn er nog vele regelingen die specifiek voor sectoren en specifieke crises zijn geschreven en ontwikkeld. Daarbij is het niet steeds duidelijk hoe al deze wetten en regelingen zich tot elkaar verhouden. De mate van specialisatie van de crisisbeheersing is intensief geworden. Het is daarmee veelal een sterk gedetailleerd pallet aan wet- en regelgeving geworden.

*Niet afgestemd.* Daarnaast is de wet- en regelgeving op het terrein van de crisisbeheersing op verschillende momenten in tijd tot stand gekomen. Daardoor zijn allerlei latere ontwikkelingen onvoldoende in de regelgeving opgenomen. In totaliteit ontstaat daardoor een verzameling van wetten en regels die inhoudelijk en wetgevingstechnisch niet op elkaar zijn afge-

stemd. Dat kan in de praktijk tot onduidelijkheden leiden. Er is wel behoefte aan duidelijkheid en eenduidigheid met betrekking tot de wijze waarop de wet- en regelgeving is vormgegeven.

*Structuur.* De structuur voor crisisbeheersing in Nederland is nog steeds complex. Hoewel de totale structuur wel beter is geworden, zijn nog steeds zeer velen betrokken bij een daadwerkelijke crisis of ramp. Evaluaties van deze crises en rampen tonen steeds weer dat coördinatie, afstemming, samenwerking en communicatie niet goed verlopen mede vanwege de complexe structuur. De instelling van veiligheidsregio's heeft zeker een verbetering gebracht. Er blijven echter nog wel enkele vraagstukken bestaan. Bijvoorbeeld hoe de besluitvorming loopt als er sprake is van crises of rampen die een veiligheidsregio overstijgen zoals bij de brand bij Chemiepark in 2011 het geval was. Tevens blijkt de precieze bevoegdheid van de voorzitter van de veiligheidsregio tijdens crises ten opzichte van de burgemeester maar ook ten opzichte van de minister van Veiligheid en Justitie onduidelijk. De afstemming met andere ketens die een rol spelen in de crisisbeheersing is tevens onduidelijk. De schaal van de veiligheidsregio's komt ook niet meer overeen met de schaal van de politieorganisatie die per 2013 op nationaal niveau is georganiseerd. De bestaande wet- en regelgeving op het terrein van crisisbeheersing lost deze structuurvragen nog niet op.

*Informatie en communicatie.* Evaluaties van crises en rampen tonen steeds weer aan dat ten aanzien van de communicatie naar zowel de media als naar de burgers problemen ontstaan. Het blijkt buitengewoon moeilijk om tijdens crises en rampen burgers en media zo snel mogelijke adequate informatie te verstrekken vanuit de verantwoordelijke bestuurders. Dit heeft vele oorzaken zoals de snelheid van de huidige media, de noodzaak tot verificatie door de overheid, de rol van sociale media, de staat van de verbindingen, de informatievoorziening binnen de overheid etc. Vele commissies en adviseurs hebben hier al naar gekeken. Vele oplossingen zijn voorgesteld en inmiddels ook geïmplementeerd. Voor bestuurders zal het ook in de toekomst cruciaal zijn te beseffen dat hun primaire rol de organisatie en invulling van de communicatie met burgers en media is. In de bestaande wet- en regelgeving krijgt communicatie naar media en burgers weinig tot geen aandacht.

*Verantwoordelijkheid burgers en bedrijven.* Een belangrijk vraagstuk betreft ook de eigen verantwoordelijkheid van burgers en bedrijven bij crisisbeheersing. De overheid heeft lang de volledige verantwoordelijkheid voor crisisbeheersing op zich genomen. Steeds meer realiseren alle betrokkenen zich dat dit niet haalbaar is. Burgers en bedrijven hebben ook een eigen verantwoordelijkheid. Het stukt echter als duidelijk moeten worden

gemaakt hoe ver die eigen verantwoordelijkheid dan gaat. Moeten burgers bepaalde voorzieningen in huis treffen? Moeten burgers mee gaan oefenen? Hoe moeten burgers en bedrijven geïnformeerd worden over risico's. Wat moeten burgers en bedrijven eigenlijk (kunnen) doen tijdens crisisbeheersing. Het samenspel tussen overheid, burgers en bedrijven bij crisisbeheersing en rampenbestrijding zal ook in de toekomst nog de nodige vragen met zich brengen. In de huidige wet- en regelgeving bestaat daar nauwelijks aandacht voor.

*Noodwetgeving.* In Nederland beschikken we over een uitgebreid stelsel van staatsnoodrecht op grond van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden. In de afgelopen jaren is dit stelsel ook vernieuwd en verbeterd. Feitelijk blijkt er bij de crises die zich hebben voorgedaan de afgelopen 50 jaar nauwelijks behoefte aan dit staatsnoodrecht. Voor de meeste betrokkenen vormt het staatsnoodrecht op grond van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden iets voor als Nederland in een militair conflict is verzeild geraakt of langdurig de nationale veiligheid is verstoord. Het gaat dan kenmerkend om heel erge situaties waar de crises van de afgelopen jaren niet aan voldoen. Wel is in dezelfde periode gebruik gemaakt van vele andere, lichtere vormen van bevoegdheden die in de hiervoor beschreven verzameling van wetten en regelingen zijn weergegeven.

#### 4.2 *Voordelen en nadelen integrale Crisisbeheersingswet*

De bovenstaande analyse brengt de vraag met zich of het wenselijk is te komen tot een integrale Crisisbeheersingswet. In deze Crisisbeheersingswet zouden de wettelijke en andere regelgeving ten aanzien van de organisatie en bevoegdheden met betrekking tot crisisbeheersing bij elkaar gebracht kunnen worden. Doel van deze Crisisbeheersingswet is om een meer eenduidig en afgestemd stelsel te ontwerpen waardoor voor, tijdens en na crises duidelijk is wie welke bevoegdheid op welke manier, onder welke voorwaarden en op welk moment kan gebruiken. Voordat ik tot een uitspraak over de wenselijkheid en haalbaarheid van een dergelijke wet kom geef ik hier een overzicht van de belangrijkste voor- en nadelen van een integrale Crisisbeheersingswet.

##### 4.2.1 *Voordelen*

*Duidelijkheid en transparantie.* Met een integrale Crisisbeheersingswet worden de organisaties en bevoegdheden met betrekking tot crisisbeheersing bij elkaar gebracht in een wet. Daarmee ontstaat maximale transparantie en duidelijkheid omtrent de bevoegdheden en de wijze van organisatie. De duidelijkheid over de inhoud en reikwijdte van de bevoegdheden kan daarmee worden versterkt. Alle betrokkenen hebben daardoor een be-

ter overzicht en vooral ook inzicht in de mogelijkheden maar ook de beperkingen ten aanzien van zowel de bevoegdheden als de organisatievormen voor, tijdens en na crisissituaties. Het kan daarmee de mogelijkheden van actoren om op te kunnen treden voor, tijdens en na crisis verder versterken. Verschillende regelingen voor afzonderlijke organisaties en voor specifieke bevoegdheden kunnen in een integrale Crisisbeheersingswet beter op elkaar afgestemd worden. De samenhang tussen de inhoud van verschillende regelingen kan verder worden versterkt. Tevens kan in de integrale Crisisbeheersingswet de taken en verantwoordelijkheden van burgers en bedrijven bij crises expliciet worden gedefinieerd.

*Definities duidelijker.* Het biedt tevens de mogelijkheid te komen tot eenduidigheid met betrekking tot begrippen en situaties (zoals crisis, ramp, voorval, incident, noodsituatie, buitengewone omstandigheden, etc) zodat alle betrokkenen beter begrijpen en weten in welke situaties welke bevoegdheden kunnen worden ingezet en welke organisaties bepaalde taken moeten uitvoeren. Verschillen in definities kunnen daarmee worden voorkomen. Specifieke bepalingen die nu nog gelden voor afzonderlijke crises kunnen worden geüniformeerd. Ook hierdoor ontstaat meer eenheid in de regelgeving met betrekking tot crisisbeheersing. De sectorale verschillen in definities kunnen met behulp van een integrale Crisisbeheersingswet deels worden opgelost. Vanwege de grote verschillen tussen sectoren waar zich crises kunnen voordoen zullen bepaalde sectorale bepalingen wel noodzakelijk blijven. Het algemene, generieke deel van de crisisbeheersing kan echter meer uitgebreid worden.

*Organisatiewetgeving beter.* De wijze waarop de belangrijkste organisaties en organen voor, tijdens en na crisisbeheersing functioneren kan in een integrale Crisisbeheersingswet beter worden beschreven dan in de afzonderlijke wetten. Het biedt de verschillende organisaties de gelegenheid om beter afgestemd met elkaar te functioneren. De rol van gemeente, politie, brandweer, GHOR, waterschappen, ministeries, provincies, adviesorganen en vele anderen kan eenduidig worden verwoord en beter op elkaar worden afgestemd. Nu wordt dit in tal van afzonderlijke regelingen vormgegeven. Concurrentie en onduidelijkheden tussen taken en verantwoordelijkheden van verschillende organisaties tijdens de crisisbeheersing kunnen opgelost worden. De structuur van de crisisbeheersing als geheel kan geüniformeerd worden.

*Samenwerking en advies.* Tevens kan in een integrale Crisisbeheersingswet de noodzakelijke samenwerking en samenwerkingsvormen beter worden geregeld. Cruciaal voor, tijdens en na crises is dat er samenwerking plaats vindt. De vorm en wijze van samenwerking is nu slechts in beperkte mate vormgegeven en dan veelal in specifieke regelingen. Nu we weten dat

samenwerking een van de bepalende factoren is om de crisisbeheersing te laten slagen is het ook van belang dat wettelijk goed vorm te geven. Een integrale Crisisbeheersingswet biedt daartoe de mogelijkheid. Tevens kan in een integrale Crisisbeheersingswet geregeld worden in welke crisissituaties door welke organisatie advies gegeven moet worden. Dat verstrekt de mogelijkheid dat de goede adviezen worden gegeven aan de juiste personen waardoor de kwaliteit van de besluitvorming zal verbeteren.

*Opschaling.* De crisisbeheersing in Nederland is in principe zo lokaal mogelijk vormgegeven. Eerder crises laten echter zien dat niet altijd duidelijk is wanneer opgeschaald moet worden naar een hoger niveau. In een integrale Crisisbeheersingswet kan duidelijk worden omschreven op welk moment naar een hoger niveau opgeschaald moet worden. Dat betekent dat voor alle betrokken organisaties duidelijk is wanneer welke organisaties welke beslissing kan en moet nemen. Nu is de opschaling veelal afzonderlijk geregeld binnen veiligheidsregio's via de GRIP structuur en slechts sinds recent enige duidelijkheid hoe eventuele landelijke opschaling zou moeten plaatsvinden. Een integrale Crisisbeheersingswet biedt de mogelijkheid te komen tot meer duidelijkheid en vooral eenduidigheid met betrekking tot de opschaling. Bij deze opschaling kan tevens bezien worden of de inzet van staatsnoodrecht noodzakelijk en passend is.

*Informatie.* Analyses van eerdere crises tonen ook steeds dat de wijze waarop organisaties onderling informatie uit wisselen van groot belang is of de crisis optimaal beheerst kan worden. De wijze waarop de informatie-uitwisseling plaats kan en moet vinden kan in een integrale Crisisbeheersingswet duidelijk geregeld worden. Daarmee weten organisaties welke informatie op welke manier en op welk moment gedeeld moet worden. Dat leidt tot meer eenduidigheid met betrekking tot de informatie-uitwisseling tussen de betrokken organisaties voor, tijdens en na crises.

*Communicatie.* Communicatie met de bevolking tijdens crises is wezenlijk. Helaas tonen de analyses van veel crises dat deze communicatie met de bevolking – rechtstreeks of via de media – veelal problematisch is. De wijze waarop gecommuniceerd wordt, met welke communicatiemiddelen en de inhoud er van zijn veelal niet op orde. In een integrale Crisisbeheersingswet kunnen de contouren van de communicatie met de bevolking geschetst worden. In een dergelijke wet kunnen de randvoorwaarden waaraan voldaan moet worden bij goede crisiscommunicatie geëxpliciteerd worden. Vanzelfsprekend kan daarbij ook beter geregeld worden hoe de communicatie en voorlichting via de media (inclusief sociale media) kan worden vormgegeven. Onnodig te zeggen dat dit voor crisisbeheersing een cruciaal onderdeel is.

*Nieuwe bevoegdheden.* Indien behoefte ontstaat aan nieuwe bevoegdheden dan kan een integrale Crisisbeheersingswet een goed kader vormen om de nieuwe bevoegdheid in te passen. De geschiedenis leert dat na crises het politieke en juridische debat vaak sterk gaat over uitbreiding van bevoegdheden, bijvoorbeeld de bestuurlijke ophouding na de Eurotoprellen in Amsterdam. Indien een integrale Crisisbeheersingswet bestaat wordt direct duidelijk wat de toegevoegde waarde van een eventuele nieuwe bevoegdheid is ten opzichte van de bestaande bevoegdheden. Het is meteen duidelijk waar de nieuwe bevoegdheden moeten worden opgenomen. Hiermee kan voorkomen worden dat een onnodige stapeling van bevoegdheden wordt vormgegeven. Een integrale Crisisbeheersingswet maakt al duidelijk wat er aan bevoegdheden is.

*Rechtsbescherming.* Tevens kan een uniform rechtsbeschermingssysteem worden vormgegeven zodat het voor de burger duidelijk is binnen welk kader de overheid mag functioneren voor, tijdens en na crises. Op dit moment ontbreekt het aan een eenduidig systeem voor rechtsbescherming voor burgers bij crisisbeheersing. De rechtsbescherming is op verschillende manieren geregeld in verschillende regelingen. De reikwijdte van de rechtsbescherming van de burger verschilt nogal. Met een integrale Crisisbeheersingswet kunnen daarmee verbeteringen worden aangebracht.

*Afdwingbaarheid* Een integrale Crisisbeheersingswet waarin de bovenstaande zaken zijn geregeld is beter afdwingbaar dan het huidige verspreide stelsel van wetten en regelingen. Indien een en ander in één wet geregeld is, is het voor alle betrokkenen ook duidelijk wanneer en onder welke voorwaarden een en ander afgedwongen kan worden. De randvoorwaarden voor eventuele juridische procedures kunnen met een integrale Crisisbeheersingswet ook beter geregeld worden.

#### 4.2.2 Nadelen

*Verschillende soorten crises.* Een nadeel van een integrale Crisisbeheersingswet is dat het vele verschillende soorten crises moet kunnen omvatten. We hebben gezien dat zich een breed scala aan crises kan voordoen. In de praktijk hebben zich in Nederland ook vele crises van geheel verschillende aard en inhoud voorgedaan. Een integrale Crisisbeheersingswet moet regels kunnen stellen voor al deze crises. De verschillen tussen de crises zijn soms groter dan de overeenkomsten. Het is mogelijk dat toch een zekere inperking moet plaatsvinden van het aantal of het karakter van de crises waar de integrale Crisisbeheersingswet zich op richt. Het is moeilijk om integrale wetgeving vorm te geven voor alle denkbare crises. Dat kan leiden tot wetgeving die zo algemeen is dat deze niet meer onderscheidend werkt.

*Gebrek maatwerk.* Een integrale Crisisbeheersingswet maakt het minder mogelijk aan specifieke omstandigheden aandacht te geven. Crises zijn heel verschillend, een ramp is niet hetzelfde als een terreuraanslag of een digitaal incident. De huidige wijze van regelgeving maakt het mogelijk maatwerk te ontwikkelen ten aanzien van de specifieke crisissituaties. Daarmee kan optimaal recht gedaan worden aan de specifieke omstandigheden en gedetailleerd aangesloten worden op de wensen en behoeften bij die specifieke crises. Hierbij wordt er van uitgegaan dat de verschillen tussen crises groter zijn dan de overeenkomsten en dat maatwerk belangrijker is dan algemene regels.

*Afperking en verhouding andere regelingen.* Hoe integraal de Crisisbeheersingswet ook wordt er zal altijd een afperking van andere regelingen nodig zijn. Daarmee ontstaan nieuwe grenzen en nieuwe mogelijke afstemmingsprobleem. Ergens zal een grens moeten worden getrokken anders kan het onderwerp van regelgeving niet goed worden bepaald. Integraliteit bestaat alleen maar tot op zekere hoogte. Moet het hele staatsnoodrecht wel of niet opgenomen worden? Moeten de algemene wetten zoals de Politiewet en de Gemeentewet – voor zover deze wet regels bevat over handhaving van de openbare orde – ook integraal onderdeel worden van de Crisisbeheersingswet? Zo zijn er nog vele vragen te stellen omtrent de precieze afbakening van de grenzen van de nieuwe Crisisbeheersingswet.

*Omvangrijke wetgevingsoperatie.* Het komen tot een integrale Crisisbeheersingswet betekent een ingrijpende wetgevingsoperatie waarvan de voordelen voor de praktijk op lange termijn pas zichtbaar zijn. De meerwaarde van de omvang en intensiteit van de wetgevingsoperatie moet in verhouding staan tot de inhoudelijke meerwaarde. De kosten van een dergelijke operatie zijn omvangrijk.

*Praktijk crisisbeheersing.* Crises worden niet beheerst door regels maar door daadwerkelijk optreden van beslissers en uitvoerders. Wet- en regelgeving vormen slechts de kaders waar binnen die moet plaatsvinden. De uitvoering van de crisisbeheersing vindt plaats in de praktijk. Een nieuwe integrale wet kan bureaucratiserend werken op de crisisbeheersing terwijl daar initiatief en leiderschap noodzakelijk is. Het spreekwoord ‘Nood breekt wet’ is ook in Nederland tegenwoordig nog tot op zekere hoogte van toepassing.

*Onduidelijkheid vorm.* Het is onduidelijk welke juridische vorm deze integrale Crisisbeheersingswet moet krijgen. Moet het een omvattende wet zijn waarin gedetailleerd alle relevante aspecten van de organisaties en bevoegdheden op het terrein van crisisbeheersing geregeld zijn of moet het een soort kaderwet worden waarin de hoofdlijnen worden weergegeven en

de details in algemene maatregelen van bestuur en ministeriele regelingen worden vormgegeven? Moet het een soort Coördinatiewet uitzonderings-toestanden worden? En als er gekozen wordt voor de variant van een kaderwet wat is dan eigenlijk nog het wezenlijke verschil met de huidige situatie?

## **5. Conclusies en vraagpunt: Naar een kaderwet Crisisbeheersing**

### *5.1 Tien redenen voor een kaderwet Crisisbeheersing*

De voordelen en nadelen afwegend kom ik tot de conclusie dat het juridische, bestuurlijk, organisatorisch en inhoudelijk wenselijk is te komen tot een kaderwet Crisisbeheersing. Een kaderwet Crisisbeheersing maakt het mogelijk de randvoorwaarden waaronder alle betrokkenen tijdens een crises kunnen en mogen functioneren beter te regelen. Meer gedetailleerd zijn er naar mijn oordeel de volgende tien redenen voor een kaderwet Crisisbeheersing:

- een kaderwet Crisisbeheersing kan het voor alle betrokken organisaties, functionarissen en burgers transparant en duidelijk maken wie op welke manier en met welke bevoegdheden welke maatregelen onder welke crisissomstandigheden kan en mag treffen;
- een kaderwet Crisisbeheersing kan de opschaling, samenwerking en coördinatie tussen betrokken organisaties en functionarissen eenduidig regelen;
- een kaderwet Crisisbeheersing kan regelen of en hoe informatie tijdens crises wordt gedeeld tussen organisaties en openbaar wordt gecommuniceerd aan burgers;
- een kaderwet Crisisbeheersing maakt het mogelijk deze aspecten van crisisbeheersing te regelen in een wet in formele zin zodat op grond van volwaardige democratische besluitvorming besloten wordt over de kaders van crisisbeheersing;
- een kaderwet Crisisbeheersing biedt de mogelijkheid de rechtsbescherming van burgers en publieke en private organisaties beter en meer eenduidig te regelen inclusief de mogelijkheden tot schadevergoeding;
- een kaderwet Crisisbeheersing biedt de mogelijkheid de plan, oefen- en opleidingsverplichtingen van betrokken organisaties en functionarissen eenduidig te regelen;
- een kaderwet Crisisbeheersing kan het toezicht op de crisisbeheersing en het onderzoek na crises nader vorm geven;
- een kaderwet Crisisbeheersing biedt een kader voor eventuele nieuwe bevoegdheden in de toekomst;

- een kaderwet Crisisbeheersing biedt voldoende mogelijkheden voor maatwerk en differentiatie op grond van variëteit in typen crises;
- een kaderwet Crisisbeheersing maakt het mogelijk dat specifieke wetten en regelingen ten aanzien van specifieke crises blijven bestaan indien zij niet kunnen worden opgenomen in deze kaderwet.

In deze kaderwet zouden de belangrijkste organisaties, bevoegdheden en processen voor, tijdens en na crises moeten worden opgenomen. Met deze kaderwet is voor alle betrokkenen voor, tijdens en na crises duidelijk wie welke rol speelt en onder welk wettelijk regime tot welke beslissingen gekomen kan worden. Het gaat in mijn voorstel om een kaderwet en niet om een integrale wet waarin alle wetten en regelingen met betrekking tot crisisbeheersing moeten worden opgenomen. Het zal niet mogelijk zijn een integrale Crisisbeheersingswet te maken waarin alle organisaties, bevoegdheden en processen die een rol (kunnen) spelen bij crisisbeheersing uitputtend geregeld worden. De nadelen van een dergelijke wet tonen ook dat er vanwege de grote diversiteit wel behoefte is en blijft aan een zekere mate van differentiatie en maatwerk. Daarvoor zullen specifieke sectorale wettelijke regelingen van belang zijn en blijven. Maar een kaderwet Crisisbeheersing biedt veel mogelijkheden om de geschetste voordelen te kunnen realiseren.<sup>78</sup> Het biedt voor alle betrokkenen de kaders waarbinnen de crisisbeheersing vorm moet krijgen. Het verbeteren van de kaders voor crisisbeheersing kan naar mijn oordeel behulpzaam zijn bij de crisisbeheersing in de praktijk.

## 5.2 *Inhoud kaderwet Crisisbeheersing*

Het is in het kader van dit preadvies niet mogelijk een uitgewerkt wetsvoorstel te maken voor een dergelijke kaderwet.<sup>79</sup> Als niet-wetgevingsjurist past hier ook enige bescheidenheid. Wel kan op hoofdlijnen een inhoudsopgave geschetst worden zodat de lezer op basis van het voorgaande en de verwijzingen naar bestaande wetten een inschatting kan maken van de waarde van een dergelijke kaderwet.

Bij de vormgeving van de structuur van een kaderwet Crisisbeheersing ben ik uitgegaan van enkele veronderstellingen:

- Politie, Openbaar Ministerie en inlichtingen- en veiligheidsdiensten kunnen een rol spelen bij crisisbeheersing, maar hun primaire taak is

78. Zie ook Van Gestel 2012.

79. Brainich heeft in 2006 al eens een vertrouwelijke Proeve van een Structuurwet Crisisbeheersing voor het toenmalige ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gemaakt waarvan nog steeds grote delen relevant zijn.

veel breder en ligt ook op andere terreinen. De bestaande organisatie-wetgeving ten aanzien van deze organisaties moet dan ook gehandhaafd blijven.

- De gehele opsporing van strafbare feiten moet geen onderdeel van deze kaderwet worden. Dit is uitgebreid geregeld in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en vele andere wetten en regelingen. Opsporing kan onderdeel zijn van crisisbeheersing, maar heeft primair een veel bredere en andere functie. Dat geldt ook voor de specifieke regelingen die voor opsporing en vervolging van terroristische misdrijven zijn vormgegeven.
- De Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid dient zelfstandig te blijven aangezien de voorvallen waarop de Onderzoeksraad zich richt breder zijn dan alleen crises. Vanzelfsprekend zal in de kaderwet Crisisbeheersing een expliciete verwijzing noodzakelijk zijn. Daar kan dan tevens de verhouding tussen OM en Onderzoeksraad voor Veiligheid bij onderzoek naar crises eventueel nader geregeld worden.
- Een specifiek vraagstuk vormt de Wet publieke gezondheid waar nu de infectieziektenpreventie en -bestrijding is opgenomen. Als gekomen wordt tot een integrale kaderwet Crisisbeheersing dan is het niet wenselijk dat ten aanzien van dit specifiek type crisis een aparte wet bestaat. Dat betekent dat delen van de Wet publieke gezondheid die betrekking hebben op de infectieziektenpreventie- en bestrijding opgenomen zouden moeten worden in de voorgestelde kaderwet.
- De ‘kleine’ openbare orde verstoringen (openbare orde verstoringen die niet het karakter van een crisis hebben) en de bevoegdheden die daar op betrekking hebben zouden uitgezonderd moeten worden van opname in de voorgestelde kaderwet. Het gaat hier veelal om bevoegdheden die betrekking hebben op individuele personen die de openbare orde op een of andere wijze verstoren. Deze bevoegdheden kunnen onderdeel blijven van de eerder besproken wetten in het bijzonder de Gemeentewet. Bevoegdheden die betrekking hebben om ‘grotere’ openbare orde verstoringen (openbare orde verstoringen die het karakter van een crisis hebben) kunnen in deze Crisisbeheersingswet worden opgenomen. Wel zal nodig zijn een verwijzing over en weer vorm te geven aangezien het onderscheid tussen ‘kleine’ en ‘grote’ openbare ordeverstoringen fluïde kan zijn.
- De rechterlijke bevelen tot handhaving van de openbare orde worden geen onderdeel van de kaderwet Crisisbeheersing aangezien het hier gaat om bevoegdheden van de onafhankelijke rechterlijke macht die preluderen op strafvervolging.

Vervolgens komt natuurlijk de vraag aan de orde hoe de contouren van een dergelijke kaderwet Crisisbeheersing er uit zouden moeten zien. Hieronder

geef ik daar op hoofdlijnen een beeld van met in achtneming van bovenstaande veronderstellingen. Ik geef hieronder de hoofdlijnen van de hoofdstukken van de door mij voorgestelde kaderwet Crisisbeheersing weer.

*Hoofdstuk 1. Definities.* In dit hoofdstuk zouden de belangrijkste definities van de begrippen die in de kaderwet Crisisbeheersing zijn opgenomen moeten worden weergegeven. Het gaat dan in ieder geval om de begrippen crisis, buitengewone omstandigheid, noodtoestand, crisisbeheersing, informatie, opschaling, onderzoek, betrokken organisaties en andere.

*Hoofdstuk 2. Organisaties en taken.* Dit hoofdstuk moet de wettelijke regeling bevatten van de organisaties die een rol spelen in de crisisbeheersing voor zover zij niet in andere wetten zijn geregeld. Dat betekent dat in ieder geval de brandweer, de GHOR/GGD, de veiligheidsregio's en de nationale crisisbeheersingsorganisatie in dit hoofdstuk organisatorisch geregeld moet worden zoals dat nu onder andere in de Wet veiligheidsregio's, de Wet publieke gezondheid en het Nationaal handboek crisisbesluitvorming is opgenomen. Daarnaast dient de taak en rol van alle organisaties die een rol spelen bij crisisbeheersing hier te worden weergegeven. Dat betekent dat ook de taak van de politie, de gemeenten, de provincie, de waterschappen en het Rijk bij crisisbeheersing moeten worden weergegeven. In het bijzonder dient daarbij ook aandacht te worden besteed aan de rol van de rijksheren en de afstemming tussen verschillende ketens bij verschillende typen crises.

*Hoofdstuk 3. Structuren en processen.* In dit hoofdstuk worden de structuren en processen die een rol kunnen spelen bij lokale, regionale en nationale crisisbeheersing geregeld. Hier wordt bijvoorbeeld geregeld welke crisisteams op welk niveau met welke taak, samenstelling en verantwoordelijkheid kan worden ingericht. Tevens dient hier geregeld te worden hoe de samenwerking en coördinatie tussen de verschillende crisisteams plaats vindt. De structuren en processen die in het de Wet veiligheidsregio's en het Handboek crisisbesluitvorming zijn opgenomen voor de lokale, regionale en nationale crisisbeheersing zouden ook hier onderdeel van moeten zijn. Dit geldt ook voor de structuren en processen voor infectieziektenbestrijding die nu onderdeel zijn van de Wet publieke gezondheid en voor de structuren en processen voor terrorismebestrijding die nu onder andere in het Besluit tijdelijke herindeling van ministeriele taken in geval van een terroristische dreiging met een urgent karakter is geregeld. Duidelijk moet zijn wanneer lokale autoriteiten en wanneer landelijke autoriteiten de primaire verantwoordelijkheid hebben voor crisisbeheersing. De wijze waarop de samenwerking en opschaling tussen de betrokken organisaties tijdens crisisbeheersing vorm moet krijgen kan ook in dit hoofdstuk geplaatst worden.

*Hoofdstuk 4. Bevoegdheden.* In dit hoofdstuk worden de bevoegdheden van de betrokken organen en organisaties bij crisisbeheersing geregeld. Het gaat dan bijvoorbeeld om de bevoegdheden van de burgemeester, maar ook van de commissaris van de Koning en de verschillende ministers om bij crisisbeheersing te kunnen optreden. De bevoegdheden van de burgemeester die nu bijvoorbeeld in de Gemeentewet, de Wet veiligheidsregio's, de Waterwet en de Wet openbare manifestaties zijn opgenomen en een directe relatie hebben met crisis en crisisbeheersing kunnen in deze kaderwet opgenomen worden. Ook de bevoegdheden van andere organen op basis van deze wetten en andere wetten die voor specifieke typen crises zijn vormgegeven kunnen in de kaderwet worden opgenomen. De bevoegdheden van instanties zoals gemeente, provincie, Rijk, politie, GHOR, brandweer, waterschap en andere ten aanzien van crisisbeheersing kunnen in dit hoofdstuk ook een plaats krijgen.

In dit hoofdstuk zouden primair de generieke bevoegdheden van betrokken organen en organisaties moeten worden geregeld. Tevens dient een verwijzing plaats te vinden naar specifieke bevoegdheden van specifieke organen voor specifieke crises in specifieke wetten. Een analyse van alle wetten en regelingen voor specifieke crises moet leiden tot het reduceren van bevoegdheden die al in de omschrijving van de generieke bevoegdheden voor crisisbeheersing is opgenomen. De huidige lange lijst met specifieke regelingen voor specifieke crises zou op die manier teruggebracht kunnen worden.

In dit hoofdstuk kunnen ook de bevoegdheden voor het staatsnoodrecht op grond van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden geregeld worden. Bezien dient te worden of dan nog een onderscheid noodzakelijk is tussen reguliere crisis en noodtoestanden of dat daarvan kan worden afgestapt. Hoewel de bevoegdheden van het staatsnoodrecht op grond van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden tot nu toe bij reguliere crisisbeheersing zelden gebruikt zijn kan het wenselijk zijn toch dit staatsnoodrecht te handhaven om voor onvoorziene toekomstige situaties bevoegdheden beschikbaar te hebben. Wel dient gezien te worden of en in hoeverre specifieke bevoegdheden die nu alleen voor noodtoestanden kunnen worden gebruikt ook voor meer reguliere crises gebruikt zouden kunnen worden.

*Hoofdstuk 5. Plannen, oefenen en opleiden.* In dit hoofdstuk wordt aangegeven welke type plannen door welke organisatie voor welke fase van de crisisbeheersing moet worden vormgegeven. Het gaat hier om zowel lokale als nationale risico- en crisisplannen. In dit hoofdstuk moet worden opgenomen wat de hoofdlijnen van inhoud van deze plannen moet zijn en

door wie zij moeten worden vastgesteld. Tevens kan hier een meer uitgewerkte verplichting voor oefenen en opleiden worden vormgegeven.

*Hoofdstuk 6. Informatie en communicatie.* In dit hoofdstuk wordt geregeld wie verplicht is welke informatie te verstrekken aan de autoriteiten met betrekking tot specifieke crises. Tevens wordt hier het recht van burgers op specifieke informatie voor, tijdens en na crises geregeld. Mogelijk kan hier ook deels de wijze waarop de communicatie (via de media) met de burgers plaatsvindt worden geregeld. Tevens kan hier geregeld worden hoe overheidsorganisaties onderling informatie communiceren. Ten slotte dient in dit hoofdstuk de verplichting te worden opgenomen van betrokken overheidsorganisaties om de vertegenwoordigende organen in te lichten

*Hoofdstuk 7. Evaluatie en onderzoek.* In dit hoofdstuk wordt geregeld wanneer en op welke wijze evaluaties dienen plaats te vinden en hoe onderzoek na crises vorm krijgt. Daarbij dient een verwijzing plaats te vinden naar de Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid

*Hoofdstuk 8. Schadevergoeding.* In dit hoofdstuk wordt geregeld op welke wijze zowel burgers als ook hulpverleners schadevergoeding kunnen krijgen. De bepalingen die nu in de Wet tegemoetkoming bij rampen en in de Wet rechtspositionele voorzieningen rampenbestrijders zijn opgenomen kunnen in dit hoofdstuk worden opgenomen.

*Hoofdstuk 9. Toezicht.* Dit hoofdstuk regelt de wijze waarop het toezicht op de organisatie en het functioneren van de crisisbeheersing vorm krijgt. Het gaat daarbij om de rol van onder andere de verschillende Rijksinspecties die ten aanzien van de crisisbeheersing in specifieke sectoren een rol krijgen.

*Hoofdstuk 10. Rechtsbescherming.* In dit hoofdstuk wordt geregeld welke vormen van rechtsbescherming burgers en bedrijven hebben ten aanzien van maatregelen die overheidsorganisaties hen opleggen in het kader van de crisisbeheersing.

*Hoofdstuk 11. Nadere en andere regelgeving.* In dit hoofdstuk wordt aangegeven welke nadere regelgeving nog noodzakelijk is ter uitwerking van het bovenstaande. Tevens kan hier een verwijzing plaatsvinden naar andere sectorale regelgeving die blijft bestaan vanwege het noodzakelijke maatwerk. Ten slotte kan hier ook een verwijzing plaatsvinden naar relevante internationale regelgeving op het terrein van crisisbeheersing.

*Hoofdstuk 12. Strafbepalingen.* In dit hoofdstuk wordt aangegeven welke strafbepalingen van toepassing zijn als burgers en bedrijven zich niet aan de verplichtingen houden die in deze wet zijn opgenomen.

### 5.3 *Vraagpunt NJV*

Dit alles leidt tot het onderstaande vraagpunt voor de Nederlandse Juristen Vereniging:

#### **De wetgever dient te komen tot een kaderwet Crisisbeheersing.**

Toelichting:

De wetgever dient te komen tot een formele kaderwet Crisisbeheersing om meer eenduidigheid, transparantie en duidelijkheid over bevoegdheden te realiseren, de plannen, processen en procedures voor, tijdens en na crises beter vorm te geven, de samenwerking en communicatie tussen en het toezicht op de betrokken organisaties beter te regelen en de rechtsbescherming en schadevergoedingsmogelijkheden van burgers nader vorm te geven.

Ten aanzien van lokale, regionale en nationale crisisbeheersing moeten de volgende onderdelen in formeel wettelijke zin geregeld worden:

- de betrokken organisaties en hun taken;
- de structuren en de processen van crisisbeheersing inclusief opschaaling;
- de bevoegdheden van betrokken organen en organisaties;
- de plan-, oefen- en opleidingsverplichtingen van betrokken organisaties;
- de samenwerking en informatie-uitwisseling tussen organisaties;
- de communicatie met de bevolking;
- het toezicht op de crisisbeheersing;
- de evaluatie en het onderzoek na de crises;
- de schadevergoedingsmogelijkheden voor burgers en hulpverleners;
- de rechtsbescherming van burgers, en
- de nadere regelgeving en strafbepalingen.

De kaderwet moet voldoende mogelijkheden bieden voor maatwerk en differentiatie op grond van variëteit in crises. In de kaderwet worden die zaken wettelijk geregeld die voor alle (of bijna alle) crises gelden. Er blijft ruimte voor specifieke regelgeving voor specifieke crisis indien dit niet in de kaderwet geregeld kan worden.

## **Literatuurlijst**

Brainich, E.T., *Staatsnoodrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1993.

Brainich, E.T., *Het systeem van crisisbeheersing: Bevoegdheden en verplichtingen bij de voorbereiding en het optreden tijdens crises*, Den Haag: BJU, 2004.

Brainich, E.T. en I. Helsloot, Wet veiligheidsregio's, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 635-742.

Brainich, E.T., Waterwet, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014-1, p. 809-828.

Brainich, E.T., Wet bestrijding ongevallen Noordzee, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014-2, p. 829-850.

Brainich, E.T., Algemene noodwetgeving, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014-3, p. 1991-2068.

Bron. R., Besluit opsporing terroristische misdrijven en Besluit tijdelijke herindeling van ministeriële taken in geval van een terroristische dreiging met een urgent karakter, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 1075-1096.

Brouwer, J.G. en A.E. Schilder, Dwalen door het woud van het openbare-orde-recht, in: *Trema* 2011, p. 168-175.

Brouwer, J.G. en A.E. Schilder, Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast, in: *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011, p. 195-201.

Brouwer, J.G. en A.E. Schilder, Wet openbare manifestaties, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 61-80.

Commissie Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002: *Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen* (Commissie Dessens), Den Haag 2013.

Dölle, A.H.M., Burgemeester in de branding, in: *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010, p. 119-145.

Duffy, H., *The 'war on terror' and international law*, proefschrift Universiteit Leiden, 2013 (te verschijnen bij OUP)

Duin, M. van, V. Wijkhuis en W. Jong (red.), *Lessen uit crises en mini-crisis 2012*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers, 2013.

Dute, J., Wet publieke gezondheid, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 895-976.

Engberts, A.B. en H.G.M. Cornelissen, Swiebertje en Superman: De burgemeester en zijn taak in openbare orde en veiligheid, in: *Justitiële verkenningen*, 2010, p. 73-85.

Gestel, R.A.J. van, Kaderwetgeving en de verstrooing van de wetgevende macht, in: *RegelMaat*, 2012, p. 155-171

Hallers, M., A.J. Mauritz, E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker, *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek*, Den Haag; Boom Juridische Uitgevers 2002

Helsloot, I., E.R. Muller en J.D. Berghuijs (red.), *Brandweer: Studies over organisatie, functioneren en omgeving*, Deventer: Kluwer 2007.

Hennekens, H.Ph.J.A.M., *Handhaving van de openbare orde in de gemeente* (preadvies NJV), Handelingen NJV deel 1, tweede stuk en Handelingen 1985 deel 2, Verslag van de op 14 juni 1985 gehouden algemene vergadering, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

Hennekens, H.Ph.J.A.M., *Openbare-orderecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2013

Jong, M.A.D.W. de, *Orde in beweging: Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid* (dissertatie Universiteit Utrecht), Zwolle: H.D. Tjeenk Willink 2000.

Jong, M.A.D.W. de, Lokale openbare-ordehandhaving, in: F.C.M.A. Michiels en E.R. Muller (red.), *Handhaving: Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, pp. 375-420.

Kwakman, N.J.M., *Terrorismebestrijding*, 2<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2013.

Loof, J.P., De burgemeester en de demonstratievrijheid: Over beginselen van behoorlijke besluitvorming inzake betogingen, in: *Gst.* 2007/104, p. 467-481.

Noordzij, D.M., Wet tegemoetkoming schade bij rampen, in: in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 851-894.

Meij, P. van der, Artikel 540 e.v. Wetboek van Strafvordering, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 553-576.

Mein, A.G., Uitbreiding bevoegdheden ter handhaving van de openbare orde en veiligheid: Een versterking of verzwakking van de positie van de burgemeester?, in: *Tijdschrift voor Veiligheid*, 2010, p. 34-44.

Mestrum, N., Wet rechtspositionele voorzieningen rampbestrijders, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014.

Meulen, B.M.J. van der, *Ordehandhaving*, Deventer: Kluwer 1993.

Muller, E.R. (red.), *Crises in Nederland: Rampen, rellen, gijzelingen en andere crises*, Deventer: Kluwer 2011.

Muller, E.R., *Security, safety and criminal justice in the Netherlands: An organizational and legal perspective*, Deventer: Kluwer 2012.

Muller, E.R. Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 513-606.

Muller, E.R., E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014.

Muller, E.R., L.J.J. Rogier, H.R.B.M. Kummeling, e.a., *Bestuur, recht en veiligheid: Bestuursrechtelijke bevoegdheden voor openbare ordehandhaving en terrorismebestrijding*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

Muller, E.R., U. Rosenthal en R. de Wijk (red.), *Terrorisme: Studies over terrorisme n terrorismebestrijding*, Deventer: Kluwer 2008.

Muller, E.R., U. Rosenthal, I. Helsloot en E.R.G. van Dijkman (red.), *Crisis: Studies over crisis en crisisbeheersing*, Deventer: Kluwer 2009.

Muller, E.R. en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001

Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Veiligheid in perspectief*, Den Haag, 2013.

Raad voor het Openbaar Bestuur, *Tussen oorlog en vrede: Kader voor een balans tussen vrijheidsrechten en veiligheid*, Den Haag: ROB 2005.

Rogier, L.J.J., Artikel 172a en 172b Gemeentewet, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 29-35.

Rosenthal, U., *Rampen, rellen, gijzelingen: Crisisbesluitvorming in Nederland*, Amsterdam: De Bataafse Leeuw 1984.

Rosenthal, U., Crises en crisismanagement, in: E.R. Muller, U. Rosenthal, I. Helsloot en E.R.G. van Dijkman (red.), *Crisis: Studies over crisis en crisisbeheersing*, Deventer: Kluwer 2009, p. 5-32.

Sackers, H.J.B., De burgemeester als veiligheidsbaas, in: *Justitiële Verkenningen*, 2010, p. 86-98.

Sackers. H.J.B., Politiewet 2012, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 1627-1716.

Suyver, J.J.H., *Naar een codificatie van ordebevoegdheden* (preadvies NJV), Handelingen NJV deel 1, tweede stuk en Handelingen 1985 deel 2, Verslag van de op 14 juni 1985 gehouden algemene vergadering, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

Wismans, G.W.P.J., Nationaal handboek crisisbesluitvorming, Instellingsbesluit Ministeriële Commissie Crisisbeheersing 2013 en Besluit instelling van een Landelijke Operationele Staf, in: E.R. Muller, E.T. Brainich en L.J.J. Rogier (red.), *Tekst en Commentaar Openbare Orde en Veiligheid*, 3<sup>e</sup> druk, Deventer: Kluwer 2014, p. 589-634.

Woude, M.A.H, van der, *Wetgeving in een veiligheidscultuur: Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland gezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context*, Den Haag: BJU 2010.

Zannoni, M., *En nu...? Handboek voor de nafase van incidenten, rampen en crises*, Den Haag: BJU 2010.



# *Privaatrecht in nood*

---

## **Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiekrecht**

T. Hartlief\*

---

### **Inhoudsopgave**

<b>I.</b>	<b>Rampen en crises in het privaatrecht</b>	67
1.	Van <i>ad hoc</i> -benadering naar modelmatige oplossing?	67
2.	Privaatrecht in nood	68
3.	Rampen en crises in fasen	70
4.	Zorgdragers, slachtoffers en derden	72
5.	Hoe gaat het verder?	73
<b>II.</b>	<b>Rampen, crises en bedreigingen</b>	75
6.	Het is niet normaal	75
7.	Hoe bijzonder is het eigenlijk?	77
8.	De kracht van de natuur	77
9.	Een structurele oplossing?	81
10.	Legionella	85
11.	Q-koorts	87
12.	‘Enschede’ en ‘Volendam’	89
13.	Cybersecurity: DigiNotar en DDoS	98
14.	Financiële crises	104
15.	Daadkracht	106
16.	Baat het niet, het schaadt ook niet!?	110
17.	Heil verwachten van het aansprakelijkheidsrecht?	110
18.	Fortis en SNS: ingrijpen vóór en na de Interventiewet	113
19.	EHEC	118
20.	Terrorisme, verzekering en aansprakelijkheid	120
21.	Er is misschien meer	122
<b>III.</b>	<b>Tussenbalans</b>	124
22.	Wat vraagt onze aandacht?	124
23.	Bescheidenheid is op haar plaats	128
24.	Winst en verlies	130
25.	Nood breekt wet	133
26.	Ingrijpen heeft een prijs	134

\* De auteur is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Maastricht.

<b>IV.</b>	<b>Tegenstrijdige ontwikkelingen</b>	134
27.	Context	134
28.	Terugtrekkende overheid	135
29.	Verlamde overheid	137
30.	Veiligheid is alles	138
31.	Incident(regel)reflex	142
32.	Patronen	144
<b>V.</b>	<b>Bonte lappendeken met duidelijk (overheids)motief</b>	147
33.	Agenda	147
34.	Het gaat om méér dan schadevergoeding	147
35.	Behoorlijk omgaan met schadeclaims	150
36.	Diversiteit is troef	152
37.	Lessen uit het verleden	153
38.	Visie op overheidsschadefondsen?	154
39.	Solidariteit met beleid	158
40.	Is vooruitgang geboekt?	160
41.	Bang voor Frankrijk, België en Europa?	163
42.	Verantwoordelijkheid nemen	164
43.	Bang voor overheidsaansprakelijkheid?	166
44.	Vormen megaclaims geen rampscenario?	169
<b>VI.</b>	<b>Eindbalans</b>	172
45.	Privaatrecht in nood	172
46.	Dadendrang en geloof in wetten	172
47.	Politiek opportunisme	173
48.	Visie op aansprakelijkheidsrecht?	174
49.	Eindelijk uitvoering geven aan het beleid	174
50.	Somberheid troef	176
	<b>Literatuur</b>	176

## I. Rampen en crises in het privaatrecht

### 1. *Van ad hoc-benadering naar modelmatige oplossing?*

De actuele financiële crises hebben pijnlijk duidelijk gemaakt hoe kwetsbaar onze samenleving is. Fors (overheids)ingrijpen is noodzakelijk gebleken en daar blijft het niet bij. De financiële sector wordt aan nieuwe regels onderworpen, overheden en toezichthouders krijgen nieuwe bevoegdheden. Ook op heel andere fronten blijkt onze infrastructuur kwetsbaar en is stevig ingrijpen in het belang van het normaal blijven functioneren van onze maatschappij noodzakelijk gebleken. Denk maar aan de DigiNotar-affaire in 2011 die zijn oorsprong vond in het onbruikbaar worden van PKI-overheidscertificaten na een inbraak door een hacker. Wanneer we iets meer afstand nemen en ons niet meer beperken tot de meest recente actualiteit, komen de nodige andere crisis- en rampsituaties in beeld. Bij velen staan beelden van de Bijlmerramp in 1992, de vuurwerkramp in Enschede (2000) en de cafébrand in Volendam (2001) nog op het netvlies. Daarbij vielen niet alleen vele doden en gewonden te betreuren maar was ook grote materiële schade aan de orde. Verder kan onder meer gedacht worden aan de uitbraak van een infectieziekte zoals bij de legionella-uitbraak in Bovenkarspel (1999) waarbij opnieuw een groot aantal mensen kwam te overlijden en vele anderen ernstig ziek werden. Van weer een ander type ramp of crisis is sprake bij de overstromingen van de Maas in de jaren '90 en bij de veendijkdoorbraak in Wilnis in augustus 2003. Steeds stonden extreme weersomstandigheden aan de basis: hoogwater als gevolg van overvloedige regenval bij de Maas en langdurige droogte in het geval van Wilnis.

Uiteraard hebben deze en andere rampen en crises de nodige beleidsmatige aandacht gekregen. Zo beschikken we over rapporten van raden en commissies die rampen en crises hebben mogen evalueren.<sup>1</sup> De aandacht in de actuele juridische literatuur voor crisismaatregelen of noodrecht staat vooral in het teken van de financiële crisis. In de preadviezen van dit jaar is de focus verbreed. De indruk daarbij is dat het bestaande juridische kader ons onvoldoende in staat stelt om adequaat te reageren op crisis- en rampsituaties. Het bestaande kader lijkt al snel ontoereikend, zodat regelmatig *ad hoc*-oplossingen nodig zijn en, om die in de toekomst te voorkomen, steeds weer de vraag rijst of het bestaande regime moet worden aangepast of aangevuld. Een mooi voorbeeld biedt de Wet Tegemoetkoming Schade bij rampen en zware ongevallen (WTS 1998) die op het punt van (overheids)compensatie een einde moest maken aan de fragmentarische

1. Zie uiteraard [www.onderzoeksraad.nl](http://www.onderzoeksraad.nl) maar diverse rampen en crises zijn door *ad hoc*-commissies aan een onderzoek onderworpen.

aanpak die tot dan toe onder meer in het kader van de Bijlmerramp, de legionella-uitbraak in Bovenkarspel en de watersnood in Limburg begin jaren '90 aan de orde was. Het met deze wet geboden kader bleek vervolgens niet geschikt voor toepassing in situaties als die van de vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam, zodat alsnog *ad hoc*-voorzieningen, waar zeer veel geld mee gemoeid was, werden getroffen. Idealiter beschikken we over een juridisch kader waarin een adequate respons op acute crisis- of rampsituaties is gewaarborgd.<sup>2</sup> In dat geval kunnen van het normale regime afwijkende *ad hoc*-oplossingen én aanvullingen of aanpassingen van dat regime na een nieuwe ramp of crisis tot een minimum beperkt blijven. Of daarbij werkelijk een algemeen model ('one size fits all') mogelijk is, is, gelet op het feit dat sprake is van sterk uiteenlopende rampen, crises en noodsituaties, zeer de vraag. Hier stuiten we op de aan het thema inherente spanning: vragen uitzonderlijke situaties niet om een bijzondere en dus bij uitstek niet modelmatige oplossing?

## 2. *Privaatrecht in nood*

Rampen en crises kennen diverse fasen die ieder hun eigen noden en behoeften meebrengen.<sup>3</sup> Zo is er niet alleen een fase die aan een ramp of crisis voorafgaat, maar ook een acute fase en een fase achteraf waarin vooral afwikkeling centraal staat. Op zich kan voor elke fase de vraag naar rol en betekenis van het privaatrecht worden gesteld. Wat is de bijdrage bijvoorbeeld van privaatrechtelijke normering aan het voorkomen van rampen en crises (preventie)? Kunnen privaatrechtelijke leerstukken bevoegdheden tot ingrijpen of optreden opleveren in de al genoemde acute fase? Biedt het privaatrecht wellicht rechtsbescherming tegen eventueel overheidsingrijpen in de acute fase? En welke rol komt het privaatrecht toe in de afwikkelingsfase? Binnen het bestek van een NJV-pleidooi is het echter niet goed mogelijk al deze vragen te beantwoorden voor een breed scala aan mogelijke rampscenario's en crisissituaties. Aan de andere kant heb ik mij, gelet op de dit vergaderingsjaar gekozen 'brede oriëntatie', ook niet tot één ramp- of type kunnen beperken. Daarom heb ik ervoor gekozen een aantal voor ons land relevante rampscenario's, met sommige waarvan we al ervaring hebben opgedaan en andere die in meer of mindere mate dreigen, te bespreken en te analyseren met bijzondere aandacht voor de eventuele rol van het privaatrecht in elk van de genoemde fasen. Waar het concrete te bespreken dossier daartoe aanleiding geeft, komt dus een eventuele rol van het privaatrecht in beeld met betrekking tot (a) het voorkomen van, (b) het reageren op en optreden tijdens, en (c) het afwickelen van (schade als

2. Zie in dit verband het pleidooi van Erwin Muller die de contouren schetst van een algemene Crisisbeheersingswet.
3. Zie nader hierna onder 3 en 4.

gevolg van) de ramp of crisis. Daarbij blijkt het accent te liggen, en dat hoeft niet te verbazen, op de rol van het privaatrecht en dan van het aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder in de afwikkelingsfase. Het aansprakelijkheidsrecht<sup>4</sup> komt in die fase als een van de belangrijke compensatiesystemen in beeld, maar zelfs daar lijkt de oogst een magere: wat heeft het in geval van rampschade werkelijk te bieden?

Ons land is al vaak geconfronteerd met rampen en crises die ons tot actie hebben genoodzaakt. Onze samenleving ziet zich bovendien blootgesteld aan diverse meer en minder concrete bedreigingen waarop we ons moeten instellen en tot op zekere hoogte voorbereiden. De politieke context is medebepalend voor de vraag of daarbij heil gezocht wordt in het privaatrecht of juist in het bestuursrecht of strafrecht. In dit verband lijkt sprake van tegenstrijdige tendensen.<sup>5</sup> Zo staan de algemene politieke ontwikkelingen al enige decennia in het teken van een terugtred van de overheid die gepaard gaat met ruimte voor private actoren en het privaatrecht. Marktwerking, deregulering en privatisering zijn hier de trefwoorden. Hoewel duidelijk is dat deze politiek ons niet alleen maar heil heeft gebracht, leven we nog altijd in een tijd waarin, uiteraard ook onder druk van de financieel-economische situatie en in de in dit verband noodzakelijk geachte bezuinigingen, de rol van de (centrale) overheid verder beperkt lijkt te worden. Het accent ligt daarbij meer en meer op ‘eigen verantwoordelijkheid’.<sup>6</sup> Vanuit juridisch perspectief lijkt dit opnieuw een verschuiving van publiekrecht naar (meer ruimte voor het) privaatrecht mee te brengen. Deze algemene politieke context bepaalt echter niet het beeld bij rampen en crises. Hier speelt het privaatrecht bepaald geen hoofdrol: dat geldt in het bijzonder in de meergenoemde voorfase en acute fase, maar zeker ook in de afwikkelingsfase omdat een mechanisme als ‘aansprakelijkheid en verzekering’ in geval van rampen en crises ernstige beperkingen kent, zodat andere compensatiemechanismen en dan vooral overheidsvoorzieningen in beeld komen.<sup>7</sup> Na afloop zoeken beleidsmakers hun heil al snel in regulering waarbij nadrukkelijk aan publiekrecht wordt gedacht niet alleen om in de fase ‘vooraf’ een beter resultaat te kunnen boeken (preventie) maar ook om in de acute fase te voorzien in meer (toegespitste) bevoegdheden tot ingrijpen en optreden, een betere coördinatie te realiseren et cetera. Deze uit-

4. Hierna ook wel aangeduid als ‘aansprakelijkheid en verzekering’ omdat aansprakelijkheidsverzekering naar gangbare inzichten een cruciaal onderdeel van het vergoedingsstelsel is.
5. Hierna onder 27 e.v.
6. Ik weet uiteraard dat het huidige kabinet niet enkel op het aambeeld van de eigen verantwoordelijkheid slaat, maar juist ook het concept van de participatiesamenleving aan de man probeert te brengen (zo onder meer in de *Troonrede* van 2013). Ook in dat concept nemen zelfredzaamheid en eigen verantwoordelijkheid echter een belangrijke plaats in.
7. Hierna onder V.

bouw van het publiekrecht gaat soms gepaard met ingrijpen in het privaatrecht. Zo wordt in de zogenoemde, inmiddels op de SNS-bank toegepaste, Interventiewet<sup>8</sup> bijvoorbeeld juist aan regels van privaatrecht getornd. In dezelfde periode is bovendien in art. 1:25d Wft een drastische beperking van de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders ingevoerd. Naast de rol van het privaatrecht in de diverse rampfasen vormen de consequenties van (de dreiging van) rampen en crises en de in dit verband gekozen aanpak voor de (inhoud, consistentie en structuur) van het privaatrecht als zodanig een belangrijk aandachtspunt.

De dubbelzinnige titel van dit preadvies, ‘Privaatrecht in nood’, dekt deze tweeledige lading: wat kan het privaatrecht betekenen aan de ene kant, en wat heeft het privaatrecht te duchten aan de andere kant?

### 3. *Rampen en crises in fasen*

Als we de diverse rampfasen beter bekijken, blijkt al snel dat het privaatrecht niet steeds als eerste, laat staan als enige, in beeld komt. En dat is nog zacht uitgedrukt.

In de belangrijke *vooraf*-fase, voorkomen is nu eenmaal beter dan genezen, is de vraag er vooral één van regulering gericht aan beleidsmakers. Het is immers aan hen om te bepalen wat het gewenste (veiligheids)niveau is – welk risico is nog aanvaardbaar? – en vervolgens ook om te bepalen hoe we dat niveau gaan realiseren: welk instrumentarium (strafrecht, bestuursrecht, toezicht) zetten we in en welke (aanvullende) rol is daarbij weggelegd voor het privaatrecht? Hier komt eventueel het aansprakelijkheidsrecht als sanctionerend en prikkelend mechanisme in beeld. Het *commune* aansprakelijkheidsrecht kan worden ingezet ter handhaving van wettelijke regels (daaronder te begrijpen eventuele in bijzondere wetgeving verankerde zorgplichten), maar ook van ongeschreven recht (denk, bijvoorbeeld in het kader van gevaarstelling, aan op de maatschappelijke zorgvuldigheid te baseren verplichtingen). Is het leerstuk van civiele aansprakelijkheid (voldoende) geschikt om actoren (onder wie (primaire) veroorzakers maar ook overheden/toezichthouders die wel secundaire veroorzakers of zijdelingse laedentes worden genoemd<sup>9</sup>) te dwingen voldoende voorzorgsmaatregelen te nemen of hun werk goed te doen? Een mogelijke aanvulling kan worden geboden door het voorzorgsbeginsel. In het kader van de problematiek van de zogenoemde nieuwe risico's, die duidelijk raakvlakken heeft met ons centrale thema, wordt onder meer ook door de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) op dit beginsel

8. Zie hierna onder 15 en 18.

9. Zie in dit verband bijvoorbeeld W.H. van Boom en I. Giesen, ‘Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen’, *NJB* 2001, p. 1675 e.v.

ingezet.<sup>10</sup> Van een andere orde is de introductie van een *bijzonder* aansprakelijkheidsrechtelijk regime, waarvoor uiteraard wetgeving vereist is. Te denken valt aan een verzwaard regime om niet alleen eventuele gelaedeerden een goede rechtspositie te bezorgen, maar ook de in uitgangspunt aansprakelijke personen te prikkelen tot zorgvuldig gedrag. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de actuele problematiek van de CO<sub>2</sub>-opslag.<sup>11</sup>

Is het kwaad eenmaal geschied, dan rijzen andere vragen. In de *acute* fase gaat het eerst en vooral om de vraag of er een adequaat systeem van bevoegdheden is. Eventuele bevoegdheden kunnen zijn verankerd in (nood)wetgeving, maar kunnen wellicht ook worden gezocht in het privaatrecht. Het gaat echter niet alleen om de vraag of er een adequaat systeem van bevoegdheden is. Vanuit het perspectief van getroffen burgers kan juist ook de vraag rijzen of de bevoegde instanties of andere actoren wel de juiste reactie vertonen. Grijpen zij in en doen zij dat ook adequaat? Andere burgers kunnen juist weer de dupe worden van het (overheids) ingrijpen als zodanig. Ingrijpen ten behoeve van de één kan immers ten koste gaan van de ander; dat doet behalve vragen over de bevoegdheidsgrondslag ook vragen rijzen over de bevoegdheidsuitoefening en eventuele rechtsbescherming in dit verband. Een belangrijke illustratie biedt de Interventiewet en haar toepassing op SNS.<sup>12</sup> In dit kader wordt onder meer art. 1 Eerste Protocol EVRM ingeroepen.

In de fase *achteraf* gaat het vooral om het normaliseren en restauratie ('terugkeer in de 'oude' toestand') en daarmee om financiering van maatregelen en vergoeden van schade. Vanuit privaatrechtelijk perspectief komt dan uiteraard het aansprakelijkheidsrecht in beeld. In hoeverre kan dat systeem soelaas bieden in het kader van compensatie? En is dat het enige wat getroffen bezighoudt? In het algemeen is er de afgelopen jaren de nodige aandacht voor andere dan de klassieke, vooral financieel te noemen, belangen van getroffen. Zo zijn er nadrukkelijk ook immaterieel te noemen belangen in het geding zoals de behoefte aan informatie, waarheid, genoegdoening, erkenning.<sup>13</sup> Voor slachtoffers van rampen en crises is dit niet anders.<sup>14</sup> Eerder dan 'gewone' slachtoffers stuiten zij echter op de beperkingen van het systeem van 'aansprakelijkheid en verzekering', zodat

10. Zie hierna onder 32.

11. Zie hierna onder 21.

12. Zie hierna onder 16 en 19.

13. Zie in dit verband in het bijzonder R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, deel I, WODC, Den Haag 2007.

14. Zie in dit verband in het bijzonder V.C. Ammerlaan, *Na de ramp. De rol van de overheid bij de (schade-)afwikkeling van rampen vanuit een belangenperspectief van de slachtoffers*, diss. Tilburg, eigen uitgave 2008. Zie ook A.F.M. Brenninkmeijer, B. de Graaf, S. Roeser en W.F. Passchier, *Omgaan met omgevingsrisico's en onzekerheden. Hoe doen we dat samen?*, essaybundel, Den Haag 2012.

zij meer dan anderen worden geconfronteerd met andere compensatiemechanismen. Vooral aan het front van de vergoeding ondervindt het aansprakelijkheidsrecht juist bij rampen en crises stevige concurrentie van andere vergoedingsmechanismen. Aan de kant van de slachtoffers zelf is uiteraard het fenomeen schadeverzekering van belang, maar zijn ook andere vergoedingsbronnen relevant. Zo komen ook sociale verzekeringen en sociale zekerheid in beeld.<sup>15</sup> Van groot belang is dat er juist bij rampen en crises ook nog nadeelcompensatie, uitkeringsregelingen, schadefondsen en *ad hoc*-overheidsbijdragen aan de orde zijn.<sup>16</sup> Rampen uit het (recente) verleden zoals ‘Bovenkarspel’, ‘Enschede’ en ‘Volendam’ geven aanleiding voor de conclusie dat aan vergoeding via het systeem van ‘aansprakelijkheid en verzekering’ slechts beperkte betekenis toekomt met als gevolg dat de overheid, zowel in het kader van overheidsaansprakelijkheid als in het kader van een beroep op de algemene middelen, in beeld komt.<sup>17</sup> In dit kader staat al zeker een decennium lang duidelijk op de (politieke) agenda dat moet worden gezocht naar mogelijkheden tot verbetering van de situatie in die zin dat meer vergoeding moet plaatsvinden door de aansprakelijke personen zelf (althans door hun aansprakelijkheidsverzekeraars), dat de mogelijkheden tot aansprakelijkheidsverzekering moeten worden uitgebreid en, in het verlengde hiervan, dat de druk op de overheid zou moeten verminderen.<sup>18</sup> Is hier vooruitgang geboekt?

#### 4. *Zorgdragers, slachtoffers en derden*

Duidelijk is dat (de belangen van) velen bij rampen en crises betrokken zijn. Het gaat immers niet alleen om overheden, toezichthouders of andere zorgdragers, maar ook om slachtoffers en derden wier belangen in het geding kunnen zijn bij ingrijpen. Het is zaak de verschillende betrokkenen en belanghebbenden te identificeren en hun rol, belangen en behoeften in beeld te brengen.

Voor *overheden, toezichthouders en andere zorgdragers* gaat het in eerste instantie om de vraag of zij beschikken over voldoende bevoegdheden niet alleen in de vooraf-fase (kan een dreigend scenario alsnog worden voorkomen?), maar zeker ook in de acute fase (kan adequaat worden opgetreden?). In de afwikkelingsfase hebben overheden en zorgdragers belang

15. Deze vergoedingsmechanismen leiden normaal gesproken, indien en voor zover er een aansprakelijke persoon is, tot regres via subrogatie (art. 7:962 BW) of krachtens zelfstandige regresrechten zoals art. 6:107a BW en art. 90 WAO.

16. Zie hierna onder V.

17. Zie hierna onder 12.

18. Zie het rapport van de Commissie tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten (Commissie Borghouts), *Solidariteit met beleid*, Den Haag 2004 (eigen uitgave) en het daarop gebaseerde kabinetsbeleid, *Kamerstukken II*, 2005-2006, 29668, nr. 11 waarover hierna onder 39 e.v.

bij een vlot lopende en efficiënte afwikkeling waarbij zij zelf zo min mogelijk in het geding zijn. Kort gezegd gaat het in deze categorie om bevoegdheden, ruimte om te beslissen en daarbij niet onnodig gehinderd worden en om afwikkeling op een zodanige wijze dat de druk op (de financiële middelen van) overheden, toezichthouders en zorgdragers zo beperkt mogelijk is. ‘De handen vrij’ kortom.<sup>19</sup>

Voor *slachtoffers* gaat het in het bijzonder om de afwikkelingsfase. Voor hen geldt daarbij, dat is zojuist al even aangegeven, dat behalve een direct vergoedingsbelang (liefst worden slachtoffers zo concreet en volledig mogelijk schadeloos gesteld), ook meer immaterieel te noemen behoeften in het geding kunnen zijn. Al naar gelang het ramp- of crisistype zal de behoefte aan informatie, waarheid, genoegdoening, erkenning en eventueel zelfs bestraffing groter zijn, zeker wanneer op de een of andere manier, zoals in dit verband wel wordt gezegd, ‘mensenhand’ in het geding is. Maar ook als dat niet het geval is (denk aan natuurrampen of andere gevallen van overmacht), zullen getroffen mensen serieus genomen willen worden. Op zich heeft het systeem van ‘aansprakelijkheid en verzekering’ voldoende potentieel op het vlak van deze immateriële behoeften,<sup>20</sup> maar vanuit slachtofferperspectief onhandig is dan dat dat systeem voor rampen en crises van nogal beperkte betekenis is, zodat zij met andere compensatiemechanismen worden geconfronteerd. Deze leiden in de regel niet alleen niet tot volledige vergoeding van schade (hooguit geven zij aanleiding tot een uitkering of tegemoetkoming), ook op het vlak van andere behoeften dan de puur financiële is de vraag of zij evenveel te bieden hebben als het systeem van ‘aansprakelijkheid en verzekering’.<sup>21</sup>

Voor *derden* geldt in het bijzonder dat zij met de consequenties van overheidsoptreden in de acute fase worden opgezaald. Soms zullen zij de zure vruchten plukken van de dadendrang van deze gezagsdragers. Waar gehakt wordt, vallen spaanders. Voor derden gaat het daarom in het bijzonder om rechtsbescherming tegen eventueel ingrijpen en, in verband daarmee, om de vraag of zij zo nodig de betrokken overheid of toezichthouder aansprakelijk kunnen stellen voor eventuele door hen geleden schade.

## 5. *Hoe gaat het verder?*

Dit preadvies kent hierna nog een aantal paragrafen. In de eerst volgende wordt ingegaan op de Nederlandse ‘ervaringen’ omdat het beeld in belang-

19. Dit is natuurlijk wat kort door de bocht. Vanuit het systeem gedacht is het ook belangrijk om ‘achteraf’ te weten wat er goed en fout is gegaan met het oog op het voorkomen van herhaling of om in geval van herhaling beter op te treden. Zie hierna onder 34.

20. In ander verband achtte de toenmalige regering herinrichting van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht daarom niet noodzakelijk. Zie *Kamerstukken II*, 2006-2007, 28781, nr. 13.

21. Hierna onder 34.

rijke mate bepaald wordt door rampen en crises waarmee ons land al is geconfronteerd of waarop wij ons trachten voor te bereiden.<sup>22</sup> In dit verband zijn we in het bijzonder geïnteresseerd in een mogelijke rol voor het privaatrecht, eventuele verklaringen voor een meer of minder beperkte rol en in de nasleep. Heeft de betrokken ramp ook een *leereffect* gehad? Hebben we het beleid of de strategie aangepast bijvoorbeeld? En ook hier: wat zijn de consequenties daarvan voor het privaatrecht?

De resultaten worden daarna nader bekeken. In de fase ‘vooraf’ speelt het privaatrecht weinig meer dan een beperkte, hooguit aanvullende rol. Desalniettemin valt een enkele ontwikkeling in dit verband te melden zoals de opkomst van (publiekrechtelijke) zorgplichten. Rode draad is hier dat het publiekrecht verder in opkomst is en daarbij soms, vanuit privaatrechtelijk perspectief althans, verstorend werkt. In de acute fase is het van hetzelfde laken een pak. Hier gaat het niet alleen om de vraag naar bevoegdheden, maar ook om eventuele rechtsbescherming tegen het uitoefenen van (overheids)bevoegdheden. Veel aandacht trekt hier de financiële crisis, omdat zij illustratief is voor de dadendrang die aan de orde is wanneer grote financiële belangen op het spel staan. In dit verband is ook het rechtsbeschermingsperspectief van belang en komt, opnieuw, een enkele inbreuk op of verstoring van het privaatrecht aan de orde.

In de afwikkelingsfase, waarbij het accent ligt op compensatie, is sprake van een bonte lappendeken van vergoedingsregelingen met een duidelijk (overheids)motief. Het systeem van ‘aansprakelijkheid en verzekering’ kent in geval van rampen en crises zijn problemen en beperkingen, zodat andere vergoedingsmechanismen en het publiekrecht feitelijk voorrang hebben. Dat betekent echter niet dat er aan het privaatrechtelijke front geen verbetering te realiseren valt.

De resultaten worden uiteindelijk ook in context geplaatst. In dat verband gaat het eerst en vooral om enkele tegenstrijdige politieke ontwikkelingen en hun gevolgen voor de rol van het privaatrecht. Daarbij gaat het onder meer om de terugtrekkende overheid, de sterke nadruk op veiligheid in het beleid en om enkele patronen bij rampen en crises. Daarbij valt te denken aan de zogenoemde incident/reguleringsreflex, de druk op de overheid en het Haagse ongenoegen daarover en het streven naar nieuwe verantwoordelijkheidsverdelingen die in ieder geval de druk op overheid en algemene middelen zou moeten doen verminderen.

De eindbalans is een tamelijk sombere. Er is sprake van tegengestelde tendensen, van een consistente benadering of aanpak lijkt geen sprake en

22. Ik realiseer me dat in deze opzet de crises/rampen van ‘gisteren’ de agenda van ‘morgen’ bepalen en dat de vraag is of we met een betere voorbereiding op ‘oude’ rampen ook werkelijk de ‘nieuwe’ rampen onder controle hebben.

opportunisme viert hoogtij: waar de (financiële) belangen groot zijn, geldt hetzelfde voor de dadendrang. Dat wil overigens nog niet zeggen dat men ook steeds de meest verstandige keuzes maakt. Van het privaatrecht valt daarbij niet al teveel te verwachten, zelfs niet bij compensatie en afwikkeling, hoewel hier en daar wel verbetering te realiseren valt. Tegen deze achtergrond valt te begrijpen dat de nadruk op overheidsingrijpen en regulering ligt, maar hier moet wel worden gewaakt voor doorschieten en onnodig of anderszins ongewenst doorkruisen van het privaatrecht.

Nog één opmerking vooraf. Er is zoveel te brengen onder de thematiek van de rampen en crises, er is zoveel materiaal (literatuur, rechtspraak, onderzoeksrapporten en parlementaire stukken) beschikbaar en er zijn zoveel interessante aspecten, dat mij licht te verwijten valt thema's, vragen of materiaal te hebben veronachtzaamd althans niet de aandacht te hebben gegeven die zij verdienen. Het bestek van dit preadvies heeft mij tot drastische beperking genoodzaakt. Daarbij heb ik ongetwijfeld ook dingen over het hoofd gezien en verkeerde keuzes gemaakt. Het is niet anders.

## **II. Rampen, crises en bedreigingen**

### *6. Het is niet normaal*

In deze paragraaf wordt ingegaan op de Nederlandse 'ervaringen', omdat het beeld in belangrijke mate bepaald wordt door rampen en crises waarmee ons land al is geconfronteerd of waarop wij ons trachten voor te bereiden. Daarbij wordt een aantal illustratieve 'dossiers' centraal gesteld, waar andere wellicht ook gebruikt hadden kunnen worden, maar het bestek van een preadvies dwingt tot beperking en keuzes. In dit verband wordt kort en bondig ingegaan op aardbevingen en overstromingen als relevante voorbeelden van een natuurramp, op 'Bovenkarspel' en Q-koorts als voorbeeld van uitgebroken (infectie)ziekten, op 'Enschede' en 'Volendam' als voorbeelden van wat elders wel technologische rampen worden genoemd, op DigiNotar en DDoS-aanvallen als voorbeeld van bedreigingen voor de 'cybersecurity' en op de financiële crisis. Maar er is uiteraard nog meer. Daarom wordt ook kort aandacht besteed aan de problematiek van de voedselveiligheid (EHEC), aan de gevolgen van terrorisme voor verzekering en aansprakelijkheid en, aan de hand van nanotechnologie, aan de problematiek van de nieuwe risico's.

Ik heb geen energie willen steken in een definiëring of een onderlinge afbakening van begrippen als incident, noodsituatie, ramp en crises. Het gaat in dit preadvies uiteraard om rampen en crises, waarbij in ieder geval een zekere grootschaligheid vereist is, bijvoorbeeld in termen van noodzakelijk te treffen maatregelen of inzet (hulpdiensten, overheden) en/of juist sprake is van een zekere 'massaliteit' in termen van aantal getroffen, en

schadeomvang en/of mate van ontwrichting van de samenleving.<sup>23</sup> Natuurlijk kunnen we soms ‘profiteren’ van een formeel wettelijk kader waarin bijvoorbeeld is gedefinieerd wanneer sprake is van een crisis, ramp of een daarmee gelijk te stellen gebeurtenis. Dat aan deze formele voorwaarden eventueel niet is voldaan, plaatst de gebeurtenis echter niet buiten het bereik van dit preadvies. De aanduiding in de betrokken regelgeving is immers functioneel en contextueel bepaald. In feite gaat in het kader van dit preadvies de aandacht uit naar uitzonderlijke gevallen waarin de normale regels niet voorzien of niet goed werken. Soms treedt dan een specifiek wettelijk regime in werking, maar vaak ook niet. Vanuit privaatrechtelijk perspectief pleegt de aandacht daarbij vooral uit te gaan naar problemen die getroffen en ondervinden in het kader van het verkrijgen van schadevergoeding. In dit verband zijn terugkerende thema’s de vraag waarom het systeem van ‘aansprakelijkheid en verzekering’ niet goed werkt, of sprake is van enige vorm van civiele overheidsaansprakelijkheid<sup>24</sup> en, zo nee, of de overheid dan toch niet de beurs moet trekken. Ook buiten de sfeer van de overheidsaansprakelijkheid wordt de overheid met claims geconfronteerd: juist in die gevallen waarin de schade niet langs ‘normale’ weg (eigen verzekeringen, ‘aansprakelijkheid en verzekering’) wordt vergoed, zou de overheid de algemene middelen dienen aan te spreken. Feit is dat de overheid dat inderdaad met zekere regelmaat doet, ofwel binnen een geformaliseerd kader zoals de WTS 1998 dan wel op *ad hoc*-basis. Een en ander zal hierna nog blijken.

Uiteraard kunnen de diverse hierna te bespreken rampen en crises niet steeds over één kam worden geschoren. Soms is immers een onvermijdelijk te noemen noodlot in het geding (denk aan natuurrampen), vaker gaat het om situaties waarbij ‘mensenhand’ in het geding is. Voorbeelden daarvan zijn bijvoorbeeld brand of ontploffing in welk geval ook wel van een industriële of technologische ramp wordt gesproken (denk aan de vuurwerkramp in Enschede). In andere gevallen gaat het om situaties die bewust of zelfs met boosaardige intenties zijn veroorzaakt (aanslagen, terrorisme, ordeverstoring). Deze bijzondere kenmerken zijn niet zonder betekenis. Zo bepalen zij mede of het aansprakelijkheidsrecht in beeld komt en/of eventuele verzekeringen wel dekking zullen bieden (denk bijvoorbeeld aan specifieke uitsluitingen).

23. Niet voor niets komt deze problematiek ook wel onder de noemer van massaschade aan de orde. Ook dan zijn er overigens afbakeningsproblemen. Gaat het bij massaschade om schade als gevolg van een enkel incident of kan het bijvoorbeeld ook schade als gevolg van een reeks gebeurtenissen betreffen? En mogen die dan weer verspreid zijn over de tijd? Denk aan de problematiek van de DES-dochters of aan die van asbestslachtoffers.
24. Zie in dit verband onder meer diverse bijdragen in E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag: Bju 2001 en in het bijzondere nummer van het *NJB* over ‘Overheidsaansprakelijkheid voor toezicht’, *NJB* 2001, p. 1647 e.v.

## 7. *Hoe bijzonder is het eigenlijk?*

Vooral vanuit slachtofferperspectief kunnen vragen worden gesteld bij een eventuele bijzondere behandeling op het vlak van schadevergoeding. Wat rechtvaardigt een voorkeursbehandeling van een specifieke groep getroffen- en? Is er geen reden om ook anderen van dit bijzondere regime te laten profiteren?<sup>25</sup> Ook in het kader van schade als gevolg van rampen en crises kan sprake zijn van regelingen waarvan *andere* slachtoffers wellicht ook hadden willen profiteren. Wat maakt schade bij rampen en crises of massaschade nu anders dan andere schade? Het is duidelijk dat deze gevallen eerder de politiek bereiken en sneller het idee geven dat er 'iets gedaan moet worden'. Verder zal er eerder een solventieprobleem aan de orde zijn<sup>26</sup> en daarmee samenhangend een verdelingsprobleem. Wellicht zal men in deze gevallen vanuit een oogpunt van kosten en vlotte afwikkeling ook eerder aan collectieve regelingen denken. Tegelijkertijd is daarmee nog niet gezegd dat het hier principieel andere schade betreft dan 'gewone' individueel geleden schade. Vanuit het perspectief van het individuele slachtoffer bekeken maakt het bijvoorbeeld veelal ook niet uit of ook (vele) anderen zijn getroffen. In zijn perspectief gaat het, ramp, crisis of niet, steeds om het noodlot. Voor hem zal dan ook de vraag zijn waarom zijn schade niet ook wordt vergoed, waarom de overheid voor zijn schade niet bereid is in de buidel te tasten. Deze vraag naar de rechtvaardiging van een bijzondere regeling en voorkeursbehandeling duikt keer op keer op.

## 8. *De kracht van de natuur*

Begin jaren '90 van de vorige eeuw werd ons land opgeschrikt door een aardbeving in de omgeving van Roermond met een kracht van 5.8 op de schaal van Richter (1992) en in de jaren daarna geconfronteerd met watersnood als gevolg van overstroming van onder meer de Maas in 1993 en in 1994. Veel aandacht is uitgegaan naar het compensatievraagstuk. Een bepalende factor is dat getroffen- en zelf niet verzekerd waren, of beter: niet konden zijn, omdat verzekeraars onderling hadden afgesproken voor natuurrampen als aardbeving en overstroming geen dekking te verlenen.

25. Deze vragen zijn ook gerezen na de introductie van bijvoorbeeld het Schadefonds Geweldsmisdrijven, het Fonds Luchtverontreiniging en de Regeling Mesotheliomslachtoffers.
26. Zie voor verzekeringsproblemen specifiek P.A.J. Kamp, 'Massaschades en verzekering', in *Massaschade*, LSA, Lelystad: Vermande 1995, p. 55 e.v. en naar aanleiding van 'Enschede', 'Bovenkarspel' en 'Volendam' bijvoorbeeld J.H. Wansink, 'Assurance obligée: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21e eeuw', *AV&S* 2003, p. 45 e.v., W.J. Hengeveld, 'De afwikkeling van voorbije rampen', *AV&S* 2007, p. 236 e.v. en J.H. Wansink, 'De directe actie ex art. 7:954 bij rampschade', *AV&S* 2007, p. 228 e.v.

Dat heeft uiteraard geleid tot een zoektocht naar andere vergoedingsmogelijkheden. In dit verband is, bijvoorbeeld in het kader van de watersnood, het aansprakelijkheidsrecht in beeld gekomen, omdat dat nu eenmaal het hoogste vergoedingsniveau meebrengt (volledige vergoeding van de concreet te begroten vermogensschade). In de praktijk is de betekenis toch zeer beperkt, zodat de overheid zich genoodzaakt heeft gezien de beurs te trekken. Daarmee is wel het nodige in gang gezet: verzekeraars hebben moeten terugkomen op hun onderlinge afspraken. Vervolgens is overleg gevoerd over een mogelijke verzekeringsconstructie waarin ook de overheid zou anticiperen, maar toen dat niet tot succes leidde, is de WTS 1998 ingevoerd.

De betekenis van het *aansprakelijkheidsrecht* in deze categorie gevallen kan moeilijk anders dan beperkt zijn. In dit kader wordt veelal het beeld van de hand van God gebruikt om de verwachtingen van getroffenen te temperen: bij een 'Act of God' kan het aansprakelijkheidsrecht toch moeilijk worden benut? Toch wordt in het bijzonder de overheid nog wel degelijk in beeld gebracht. Zo is haar in het kader van de watersnood in 1995 bijvoorbeeld verweten dat zij te laat zou hebben gewaarschuwd voor naderend hoog water, dat zij bouwgrond in risicogebieden heeft uitgegeven en dat zij heeft stilgezeten terwijl er gelet op eerdere vergelijkbare watersnood redenen was voor ingrijpen.<sup>27</sup> Hoewel nooit uitgesloten kan worden dat de concrete omstandigheden van het geval zo dringend zijn dat dergelijke verwijten serieus genomen moeten worden, ligt dat in de overgrote meerderheid van de gevallen anders: van werkelijk toerekenbaar onrechtmatig handelen van de overheid is geen sprake. Ook in de jaren '90 hebben aldus gefundeerde claims geen succes opgeleverd.

Vanuit slachtofferperspectief hoopgevender is dan de Wilnis-zaak waarin juist aansprakelijkheid op basis van art. 6:174 BW (kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter voor een gebrekkige opstal) aan de orde is.<sup>28</sup> In augustus 2003 schoof na een periode van extreme droogte een deel van een veendijk in de richting van de achter de dijk gelegen woonwijk zodat een grote hoeveelheid water en slib de woonwijk binnenstroomde. De gemeente Ronde Venen heeft vervolgens het betrokken Hoogheemraadschap in zijn hoedanigheid van bezitter van de veendijk aansprakelijk gesteld. Nadat het Hof Amsterdam deze vordering inderdaad heeft toegewezen, komt de Hoge Raad weliswaar tot cassatie,<sup>29</sup> maar het is nog altijd niet uitgesloten dat aansprakelijkheid ex art. 6:174 BW wordt aangenomen. Na verwijzing lijkt beslissend de vraag of extreme droogte een naar objectieve maatstaven kenbaar gevaar was. Mocht dat het geval zijn,

27. Zie voor een korte inventarisatie mijn 'Vergoeding van watersnoodschade', *NJB* 1995, p. 311 e.v.

28. In de Wilnis-zaak is de WTS overigens van toepassing verklaard.

29. HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 (T. Hartlief).

althans de verweren op dit punt van het Hoogheemraadschap worden verworpen, dan is aansprakelijkheid ex art. 6:174 BW voor (de gevolgen van) een dijkdoorbraak een reële optie.<sup>30</sup> A-G Spier had de Hoge Raad in verband met de potentieel zeer grote aansprakelijkheidslast in geval van overstromingen geadviseerd terughoudender te zijn en liefst ook een (veen)dijk als zodanig buiten het bereik van art. 6:174 BW te laten. Het zal in voorkomende gevallen in ieder geval de vraag zijn of een met succes ex art. 6:174 BW aangesproken bezitter van een in de omstandigheden van het geval gebrekkige, want onveilig te noemen, dijk daadwerkelijk in staat is de eventuele ontstane schade te vergoeden.<sup>31</sup>

In gevallen als deze heeft ‘de mens’ (of zoals in het kader van de genoemde verwijten naar aanleiding van de watersnood: de overheid) wel degelijk (enige) invloed op het gebeuren gehad en is van een ‘echte’ Act of God dan ook geen sprake. Op een vergelijkbare manier kan er ook aansprakelijkheid zijn voor aardbevingen of andere gevallen van bodembeweging, een problematiek die in het kader van de gaswinning in Groningen natuurlijk actueel is. In dit verband kunnen slachtoffers inmiddels profiteren van het bijzondere regime van art. 6:177 BW dat de exploitant van een mijnbouwwerk aansprakelijk maakt voor beweging van de bodem als gevolg van de aanleg of exploitatie van dat werk.

Omdat de kansen op succes binnen het aansprakelijkheidsrecht in de aan de orde zijnde gevallen toch wel zeer beperkt leken, ging het debat naar aanleiding van de aardbeving in Roermond en de watersnood in het begin van de jaren '90 echter vooral over de problemen van verzekeraarbaarheid. Omdat zij, onder meer naar aanleiding van de watersnoodramp in 1953, meenden niet in staat te zijn tot verzekering van schade als gevolg van natuurrampen, hadden verzekeraars al in de jaren '50 afgesproken geen dekking te verlenen voor schade als gevolg van aardbeving of overstroming. Deze afspraken zijn destijds neergelegd in het Bindend Besluit Overstroming en het Bindend Besluit Aardbeving en Vulkanische Uitbarstingen. De terughoudendheid van verzekeraars is terug te voeren op een aantal factoren: de mogelijke opeenhoping van schade (een natuurramp kan een miljardenschade veroorzaken), het gebrek aan statistische gegevens (hoe de premie te berekenen in gevallen als deze waarin aan de ene kant een megaschade kan ontstaan, maar de kans daarop aan de andere kant (heel) klein is?) en het gevaar van anti-selectie. Dit laatste houdt in

30. In de praktijk is bezorgdheid geuit over de consequenties van toepassing van art. 6:174 BW nu de bezitters van dijken niet steeds kapitaalkrachtig zijn en evenmin steeds degenen die verantwoordelijk zijn voor het beheer. Zie in dit verband G.A. Kleinegris, ‘Aansprakelijkheid dijkbezitter ingeval van dijkdoorbraak’, *NJB* 2014, p. 568-569.
31. Conclusie voor HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 (T. Hartlief) onder 5.1 e.v. Zie in dit verband ook H.K. Gilissen, *Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlands waterbeheer*, diss. Utrecht, 2013, hoofdstuk 7.

dat alleen degenen die een relatief groot risico lopen zich willen verzekeren, terwijl de zogenaamde goede risico's niet mee zullen doen. Hoe sterker dat effect, des te meer stijgt de premie.<sup>32</sup>

Omdat andere compensatie mechanismen dus geen uitkomst boden, zag de overheid zich genooddakt op *ad hoc*-basis in vergoeding te voorzien. Waar het ging om de schade van particulieren liep vergoeding via het Nationaal Rampenfonds (NRF) dat in dit verband donaties ontving van de rijksoverheid. Het bedrijfsleven kon aanspraak maken op een uitkering uit een noodfonds dat mede door overheid werd gevuld en op krediet- en fiscale faciliteiten.<sup>33</sup>

Naar aanleiding van de aardbeving bij Roermond in 1992 en de overstroming van de Maas in 1993 zijn de afspraken tussen de verzekeraars onder druk komen te staan. Al snel is het Bindend Besluit dat betrekking had op aardbevingen opgeheven. Onder politieke druk en uit angst voor initiatieven uit Brussel zijn verzekeraars vervolgens ook teruggekomen op het Bindend Besluit Overstroming.<sup>34</sup> Het Verbond van Verzekeraars en de rijksoverheid hebben vervolgens overleg gevoerd over een structurele oplossing.<sup>35</sup> In eerste instantie gingen de gesprekken over een *pool*-constructie. Verzekeraars zouden bereid zijn 50 miljoen gulden in een *pool* voor schade als gevolg van aardbeving en overstroming onder te brengen. Breekpunt vormde de door verzekeraars gestelde voorwaarde dat de overheid 200 miljoen gulden ter beschikking zou stellen. Omdat de overheid niet zo ver wenste te gaan, werd het overleg in april 1994 zonder resultaat beëindigd.<sup>36</sup> Vervolgens is het onder druk van de Tweede Kamer, die een structurele oplossing noodzakelijk achtte, hervat. In eerste instantie ging de aandacht daarbij vooral uit naar de Franse oplossing voor schade als gevolg van natuurrampen. Kern van deze regeling is een verplichte premieopslag op de vrijwillige opstalverzekering. Iedereen die zo'n verzekering afsluit, betaalt tevens premie voor schade als gevolg van natuurrampen. Het genoemde gevaar van anti-selectie is zo geneutraliseerd, omdat iedereen (althans alle vrijwillig verze-

32. Het gevaar van anti-selectie is bijvoorbeeld in geval van verzekering voor overstroming inderdaad niet denkbeeldig, zij het dat verzekeraars in dit kader degenen die geen behoefte hebben aan verzekering verwarren met degenen die goede risico's vormen. Sommigen hebben geen behoefte aan verzekering bijvoorbeeld omdat ze niet het gevaar van overstroming lopen. Anderen hebben dat wel. Binnen die groep zijn er goede en slechte risico's. Om te voorkomen dat de goede risico's uiteindelijk niet meedoen (anti-selectie), moet premiedifferentiatie plaatsvinden: goede risico's betalen dan minder premie dan slechte risico's.
33. Zie mijn 'Vergoeding van Watersnoodschade', in M. Faure en F. Stroink (red.), *Recht in het water. De juridische aspecten van watersnood*, Antwerpen: Intersentia 1995, p. 142.
34. Er kleven inderdaad belangrijke mededingingsrechtelijke bezwaren aan de Bindende Besluiten. Zie voor een uitwerking M.G. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002, p. 177 e.v.
35. Zie onder meer F.J. de Vries, 'Vergoeding van rampschade', *NJB* 1998, p. 1908 e.v.
36. Zie *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23400 VII, nr. 34.

kerden), ook de goede risico's en zelfs degenen die geen risico vormen, meedoet. In het aanvankelijke overleg met de verzekeraars had de regering de Franse oplossing nog verworpen vanwege het gevaar van *bureaucratisering* van het proces van schadevergoeding, de beperking van de *vrije consumentenkeuze* en de *lastenverzwaring* voor de burger die het gevolg is van een verplichte verzekering.<sup>37</sup> Later heeft zij deze bezwaren echter laten varen en heeft zij zelfs een voorstel geconcipieerd dat aansluit bij het Franse systeem: het voorstel van Wet aanspraak op vergoeding zoetwateroverstromings- en aardbevings schade. Dat dit voorstel de eindstreep niet heeft gehaald, kan op het conto van de Raad van State worden geschreven.<sup>38</sup> De Raad achtte financiering uit de algemene middelen de meest voor de hand liggende oplossing en oordeelde het juist daarom opmerkelijk dat in het wetsvoorstel niet was voorzien in een wezenlijke bijdrage van de overheid. Bovendien meende hij dat principiële argumenten om de brandverzekeraars het bewuste risico te laten lopen ontbreken. In deze kritiek zag de regering aanleiding het voorstel in te trekken.

Er kwam dus geen verzekeringsoplossing. Een nieuw voorstel dat duidelijke trekken van de toenmalige Belgische schadefondsoplossing<sup>39</sup> had, werd ingediend. Dit voorstel heeft uiteindelijk tot de WTS 1998 geleid, waarvan straks kort de contouren worden geschetst, omdat deze wet in het kader van de beschouwingen over enkele rampen hierna een hoofdrol speelt. Ook na invoering van de WTS is het overleg tussen overheid en verzekeraars over de uitbreiding van de private verzekeringsmogelijkheden voor particulieren en bijvoorbeeld de agrarische sector overigens voortgezet.<sup>40</sup>

## 9. Een structurele oplossing?

Tot aan de WTS 1998 kende ons land anders dan Frankrijk en België geen structurele oplossing voor het probleem van rampschade. In Frankrijk geldt, zoals aangegeven, een systeem van een verplichte opslag op de opstalverzekering, terwijl in België destijds een echt overheidsschadefonds bestond.<sup>41</sup> Hoewel de gedachten van de regering aanvankelijk in de richting van de Franse oplossing gingen, ligt de WTS 1998 uiteindelijk dicht aan

37. Zie *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23400 VII, nr. 34, p. 2.

38. Zie *Kamerstukken II*, 1995-1996, 26640, nr. 1.

39. Het gaat hier om de Belgische Wet van 12 juli 1976 betreffende het herstel van zekere schade veroorzaakt aan private goederen door natuurrampen waarover J.A.J. Peeters, 'Rampschade', *NJB* 1980, p. 498 e.v. Inmiddels heeft ook België zich bekeerd tot de Franse oplossing.

40. Zie Faure en Hartlief 2002, p. 188-189 en vooral hierna onder 40.

41. Zie J.E. van de Bunt, 'Voorgeschiedenis van de WTS. Beschouwing over verschillende regelingen ter vergoeding van rampschade', in E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en Recht*, Den Haag: Bju 2001, p. 176 e.v.

tegen de toenmalige Belgische fondsooplossing.<sup>42</sup> De WTS beoogt een structurele oplossing in plaats van de tot invoering bestaande praktijk van *ad hoc*-oplossingen: zij geeft recht op een tegemoetkoming in de schade en kosten en legt aanspraken en procedures op hoofdlijnen vast.<sup>43</sup>

De WTS is in ieder geval van toepassing voor zover het gaat om overstromingen door zoet water en aardbevingen die een ramp of zwaar ongeval in de zin van art. 1 onder b van de Wet rampen en zware ongevallen opleveren en die verder voldoen aan de omschrijving in art. 1 WTS. Art. 3 WTS bepaalt echter dat de wet ook nog bij Koninklijk Besluit van toepassing kan worden verklaard op een ramp of zwaar ongeval in de zin van art. 1 onder b van de Wet rampen en zware ongevallen die van tenminste vergelijkbare orde is als een overstroming door zoet water of een aardbeving. Een ramp of zwaar ongeval in de zin van art. 1 onder b van de Wet rampen en zware ongevallen is blijkens de parlementaire geschiedenis aan de orde wanneer sprake is van een ongeval op een zodanig grote schaal dat gecoördineerde inzet van diensten en organisaties van verschillende disciplines nodig is die onder een eenhoofdige bestuurlijke en operationele leiding staan, sprake is van een inzet die de gebruikelijke samenwerking te boven gaat en de gezondheid van vele personen dan wel grote materiële belangen in ernstige mate worden bedreigd.<sup>44</sup> Wat betreft de toepassing bij Koninklijk Besluit op andere rampen dan zoetwateroverstroming of een aardbeving geldt de voorwaarde dat deze een vergelijkbare omvang of impact hebben als een overstroming door zoet water of een aardbeving: 'lichte' rampen leiden niet tot toepassing van de WTS.<sup>45</sup>

De WTS heeft een vangnetkarakter dat duidelijk uit art. 4 blijkt. Lid 1 geeft aan dat een gedupeerde recht heeft op een tegemoetkoming in een aantal categorieën van schade zoals onder meer schade aan de woning, de inboedel, bedrijfsschade en evacuatiekosten. Ingevolge art. 4 lid 2 kunnen ook andere schadecategorieën bij ministeriële regeling voor toepassing in aanmerking worden verklaard. Dat geldt echter niet voor omzetschade, nu deze wordt geacht te behoren tot het normale ondernemersrisico.<sup>46</sup> Volgens art. 6 lid 1 worden aanvullende regels vastgesteld voor wat betreft de hoogte van de tegemoetkoming. Daarbij kan aan een eigen risico, een drempelbedrag en een maximumbedrag of een combinatie worden gedacht.<sup>47</sup> Ter

42. Zie over de wet De Vries 1998, J.F. de Groot, 'Na de ramp. Een beschouwing over de toepassing van de WTS', *O&A* 2004, p. 141 e.v. en K.J. de Graaf, 'Over het bestuursrechtelijke karakter van onverplicht tegemoetkomen', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. 529 e.v.

43. Zie *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25159, nr. 3, p. 1.

44. Zie *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25159, nr. 3, p. 4-5.

45. Zie *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25159, nr. 3, p. 5.

46. Zie *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25159, nr. 5, p. 25-26.

47. Zie *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25159, nr. 5, p. 10.

uitvoering van art. 6 lid 1 is het Besluit tegemoetkoming schade bij rampen en zware ongevallen vastgesteld.<sup>48</sup>

Hoewel dat niet voor iedereen meteen in het oog springt, heeft de WTS alleen betrekking op zaakschade en niet op personenschade, zij het dat dit wellicht snel gaat veranderen.<sup>49</sup>

Het subsidiaire karakter van de regeling blijkt uit art. 4 lid 3 waarin wordt aangegeven dat de gedupeerde geen recht op een tegemoetkoming heeft wanneer de schade of de kosten redelijkerwijs verzekeraar waren en/of de gedupeerde uit anderen hoofde een tegemoetkoming in de schade of de kosten heeft verkregen of kan verkrijgen. Voor toepassing van de WTS is het derhalve van belang te weten wanneer schade of kosten ‘redelijkerwijs verzekeraar’ zijn. In ieder geval speelt daarbij een rol of de hoogte van de premie en de omvang van de dekking in een redelijke verhouding tot elkaar staan. In de parlementaire geschiedenis wordt aangegeven dat schade redelijkerwijs verzekeraar is wanneer het risico in het algemeen niet van dekking wordt uitgesloten dan wel het risico verzekeraar is zonder dat daar zeer beperkende voorwaarden en/of zeer hoge kosten tegenover staan.<sup>50</sup> Schade aan motorrijtuigen of schepen ten gevolge van overstroming komt in het kader van de WTS bijvoorbeeld niet voor vergoeding in aanmerking.<sup>51</sup> Dat ligt echter anders voor gevallen van overstroming, aardbeving, molest en het atoomrisico nu deze risico’s op vrijwel alle polissen zijn uitgesloten.<sup>52</sup>

Het subsidiaire karakter van de wet bepaalt ook de verhouding tot het aansprakelijkheidsrecht. Ingevolge art. 4 lid 3 moet de schade immers niet elders verhaald kunnen worden. In het kader van de parlementaire voorbereiding en inmiddels in de praktijk, zo blijkt hierna duidelijk, is gebleken dat deze voorwaarde vooral voor rampen waarbij ‘mensenhand’ in het geding is, veelal aan toepassing van de WTS in de weg zal staan. Het antwoord van de regering van de vraag of de WTS kan worden toegepast in geval van een neerstortend vliegtuig is illustratief: in dat kader verwijst de regering juist naar het aansprakelijkheidsrecht.<sup>53</sup> De facto heeft de WTS

48. Zie *Stb.* 1998, 48.

49. Na een aanbeveling in die zin van de Commissie Borghouts bezint de regering zich op uitbreiding van de WTS naar personenschade. Zie in dit verband P.E. Bisschop, J.D.W.E. Mulder, M.J. Middelburg en R.M. Letschert, *Personenschade en de Wet tegemoetkoming schade bij rampen*, Seo economisch onderzoek in opdracht van het WODC, Amsterdam 2013.

50. Zie *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25159, nr. 3, p. 15.

51. Zie *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25159, nr. 3, p. 15.

52. Zie *Kamerstukken I*, 1997-1998, 25159, nr. 140b, p. 5.

53. Zie *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25159, nr. 5, p. 3. In de discussie met de Eerste Kamer heeft de regering aangegeven dat de WTS ook niet van toepassing is op schade als gevolg van misdrijven, ordeverstoring, ziekte of uitval van elektriciteit. Zie *Kamerstukken I*, 1997-1998, 25159, nr. 140b, p. 3.

daarom vooral betekenis voor schade als gevolg van natuurrampen.<sup>54</sup> Het subsidiaire karakter van de WTS kan op twee manieren tot uitdrukking komen: het kan zijn dat de WTS wel van toepassing is, doch bepaalde schadeposten wegens hun verhaalbaarheid elders niet voor vergoeding in aanmerking komen, doch het kan ook zijn dat de WTS wegens de globale mogelijkheden van verhaal binnen het aansprakelijkheidsrecht geheel buiten toepassing blijft. De regering noemt een overstroming als voorbeeld van het eerste en een neerstortend vliegtuig als voorbeeld van het laatste.<sup>55</sup>

Uit het vergoedingsniveau en het aanvullende karakter van de regeling blijkt voldoende dat de WTS geen ‘normale’ civiele overheidsaansprakelijkheid inhoudt. Over de vraag wat de grondslag dan wél is, is uitvoerig gedebatteerd.<sup>56</sup> In de discussie met de Kamer zijn onder meer de uit art. 21 Grondwet voortvloeiende zorgplicht van de overheid voor de woonbaarheid, de onderlinge solidariteit van de bevolking en de *égalité devant les charges publiques* als grondslagen naar voren gebracht. Welke grondslag men ook kiest, uiteindelijk is het een politieke beslissing of de overheid voor een specifieke categorie slachtoffers een bijzondere voorziening in het leven roept. In dit verband blijft de vraag of genoemde grondslagen toereikend zijn voor de beslissing om de voorziening te beperken tot de slachtoffers van buitengewone incidenten als rampen en niet ook te laten uitstrekken tot de slachtoffers van kleine of lichte rampen. De massaliteit, het grote aantal slachtoffers<sup>57</sup> is niet onmiddellijk een overtuigend argument.<sup>58</sup>

Kort na invoering is de WTS tweemaal toegepast.<sup>59</sup> Beide keren ging het om schade als gevolg van extreem zware regenval: de eerste keer die van 13 en 14 september 1998 en de tweede keer die van 27 en 28 oktober 1998. Omdat de regenval geen van beide keren een overstroming in de zin van art. 1 WTS opleverde, moest de WTS bij Koninklijk Besluit worden toegepast.<sup>60</sup> In de toelichting komt men opmerkingen tegen over de omvang van de kans dat zich een gebeurtenis als deze voordoet, over het gebruik van bevoegdheden neergelegd in de Wet rampen en zware ongevallen en over maatschappelijke ontwrichting en aantasting van grote materiële belangen. In het kader van beide regelingen is meer dan een half miljard

54. Zie hierna onder 12 en 37.

55. Zie *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25159, nr. 5, p. 20.

56. Zie in dit verband De Vries 1998, p. 1912 e.v.

57. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27157, nr. 9.

58. Vergelijk De Vries 1998, p. 1910.

59. Zie in dit verband ook E. van der Schans, ‘Regen als ramp. Wateroverlast en de WTS’, *TMA* 2000, p. 13 e.v. Na deze twee keer is de WTS overigens nog toegepast op de doorbraak van een damwand in Tegelen in januari 2003, de dijkdoorbraak in Wilnis in augustus 2003 en op de overstroming van de Maas in januari 2011.

60. Resp. Koninklijk Besluit van 12 januari 1999, *Stb.* 1999, 33 en van 5 maart 1999, *Stb.* 1999, 128.

gulden uitgekeerd. Men bedenke dat het hier om regenschade gaat én dat de WTS niet van toepassing is verklaard op de vuurwerkramp in Enschede en de cafébrand in Volendam. De nasleep van deze twee rampen, waarover hierna meer, maakt pijnlijk duidelijk hoe beperkt de betekenis van de WTS is voor rampen die geen natuurrampen zijn. Dat de overheid in het kader van die rampen toch in de buidel heeft getast, geeft aan dat de wetgever niet is geslaagd in zijn – in ieder geval impliciete – bedoeling met de WTS een exclusieve regeling voor overheidsbijdragen bij rampen in het leven te roepen.

#### 10. *Legionella*

In maart 1999 brak een legionella-epidemie uit waarvan de besmettingshaard was gelegen in de Westfriese Flora die in februari 1999 in Bovenkarspel was gehouden. Bezoekers konden ziek worden na inademing van met legionellabacteriën besmette vochtdeeltjes in de lucht die afkomstig waren uit een whirlpool die in de hal werd gedemonstreerd. Uiteindelijk vielen 32 dodelijke slachtoffers te betreuren. Deze ramp is de aanleiding geweest voor aanpassing en aanvulling van bestaande veiligheidsregulering. Verder heeft de uitbraak in Bovenkarspel geleid tot diverse claims in het aansprakelijkheidsrecht zowel van slachtoffers als van de Consumentenbond tegen betrokken standhouders, de Staat en de Stichting Westfriese Flora Bovenkarspel.<sup>61</sup> Uiteindelijk is alleen de standhouder met succes aangesproken op basis van art. 6:162 BW (onrechtmatige gevaarstelling).<sup>62</sup> Ook de aansprakelijkheid voor opstallen (art. 6:174 BW)<sup>63</sup> en die voor gevaarlijke stoffen (artikel 6:175 e.v. BW) is in beeld geweest.<sup>64</sup> Tot daadwerkelijke vergoeding van alle gelaedeerden is het bij lange na niet gekomen gelet op het feit dat de standhouder slechts voor 2 miljoen

61. Zie onder meer A.J. Van, 'De Legionella-epidemie na de Westfriese Flora', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 39 e.v.
62. Zie in dit verband HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 (JBMV) (kort geding in de zaak van twee slachtoffers tegen standhouder Jan Jong). In Hof Amsterdam 25 oktober 2007, LJN:BB6504 wordt de vordering van de Consumentenbond tegen Jan Jong en een andere standhouder toegewezen, maar die tegen de Staat en tegen de Stichting Westfriese Flora Bovenkarspel afgewezen.
63. Zie T.A. Hekster, 'De Legionellabacterie en opstallen. De risicoaansprakelijkheid van artikel 6:174 bij de Westfriese Flora', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 225 e.v. (met commentaar van F.E.J. Beekhoven van den Boezem).
64. Positief over de toepassing hiervan is B. Maat, 'De legionella-affaire in Bovenkarspel en de mogelijke toepasselijkheid van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen', *VR* 2000, p. 353 e.v. Uiteindelijk is geen aansprakelijkheid op deze grondslag aangenomen.

gulden tegen aansprakelijkheid verzekerd was.<sup>65</sup> De regering heeft vrij snel een schadefonds opgericht om een financieel gebaar te maken jegens de slachtoffers en de nabestaanden in de vorm van een eenmalige uitkering. Zij heeft in dit verband 2 miljoen gulden ter beschikking gesteld aan een stichting die vervolgens de Uitkeringsregeling Fonds Slachtoffers Legionella-epidemie<sup>66</sup> hanteerde. Deze gaf belanghebbenden recht op een eenmalige forfaitaire tegemoetkoming van 4000 gulden en nabestaanden in geval van overlijden op een uitkering van 10.000 gulden. Omdat er lang en veel is geprocedeerd in deze zaak en de slachtoffers maar zeer beperkt vergoeding hebben gekregen, is minister Opstelten in 2008 gevraagd om een aanvullende tegemoetkoming binnen het kader van de WTS 1998 dan wel op basis van de Uitkeringsregeling Fonds Slachtoffers Legionella-epidemie toe te kennen. Daartoe is hij echter niet bereid gebleken.<sup>67</sup> In dit verband werd hij ook uitgenodigd uit te leggen waarom slachtoffers van de Bijlmerramp een hogere tegemoetkoming van de overheid konden krijgen.<sup>68</sup> Is de ene ramp soms aansprekender dan de andere? In zijn antwoord wijst de minister op de terughoudendheid die uitgangspunt is: slechts in een aantal zeer aansprekende gevallen waarin ook sprake was van letselschade ('Bovenkarspel', 'Volendam', 'Enschede' en ook de Bijlmerramp) hebben overheid en maatschappelijke organisaties gemeend regelingen te moeten treffen. Deze zijn steeds *ad hoc* vastgesteld en de hoogte van de vergoeding werd bepaald aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval zoals de mate waarin benadeelden reeds via andere weg gecompenseerd werden, de shadesoort en de omvang van de schade. Een onderlinge vergelijking van in het verleden getroffen regelingen zou daarom niet goed mogelijk zijn.<sup>69</sup> Uit zijn brief blijkt dat het kabinet nog altijd

65. Door de betrokken verzekeraar is de verzekerde som wel ter beschikking gesteld. Daarna zijn er nog diverse procedures gevoerd onder meer over de verdeling van het geld. Zie Voorzieningenrechter Rb. Zutphen 14 mei 2009, *NJF* 2009, 304, Rb. Alkmaar 9 juni 2010, LJN:BM7163 en in dit verband ook Hengeveld 2007.
66. *Stc.* 29 juni 2000, nr. 123, p. 11.
67. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 26442, nr. 43, p. 5 e.v.
68. Bij het neerstorten van een vrachttroestel van El Al in de Bijlmermeer op 4 oktober 1992 werden twee appartementsblokken verwoest en kwamen 44 mensen op de grond om. In een dergelijk geval komen specifieke (internationale) aansprakelijkheidsregimes in beeld. Zie in dit verband onder meer J.M. van de Laar, 'Going down, going down... de Bijlmer-ramp', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 27 e.v. In december 1999 heeft het kabinet de Stichting Hulpfonds Gedupeerden Bijlmerramp opgericht. Het door haar gehanteerde Uitkeringsreglement (*Stc.* 26 januari 2000, nr. 18, p. 15) gaf de belanghebbende recht op een eenmalige forfaitaire tegemoetkoming van 4000 gulden ingeval van psychosociale problemen als gevolg van de ramp die tot maximaal 21000 gulden kon worden opgehoogd indien betrokkene zich tot hogere uitgaven genoodzaakt zag.
69. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 26442, nr. 43, p. 7.

worstelt met (het bereik van) de WTS en *ad hoc*-regelingen buiten deze wet om én met het vergroten van de solvabiliteit aan de kant van mogelijk aansprakelijke personen.<sup>70</sup>

## 11. *Q-koorts*

In het voorjaar van 2007 wordt in Herpen een ongebruikelijke toename gemeld van patiënten met griepachtige verschijnselen die veelal een longontsteking ontwikkelen.<sup>71</sup> De Q-koorts<sup>72</sup> wordt veroorzaakt door een bacterie die vrijkomt tijdens het lammeren van besmette kleine herkauwers zoals geiten of schapen. De ziekte, een zogenaamde zoönose, kan overgaan van dier op mens en leiden tot onder meer ontsteking van de longen, hartkleppen of de lever. Andere verschijnselen zijn koorts, spierpijn, zweten, braken en diarree. Zwangere vrouwen, hartpatiënten en mensen met een afweerstoornis lopen in het bijzonder risico's. Uiteindelijk zijn er duizenden ziektegevallen en overlijden meer dan 20 patiënten (mede) aan de gevolgen van de Q-koorts. De affaire heeft onder meer aanleiding gegeven tot (het nadenken over) claims tegen boeren en overheid.

In het kader van de aansprakelijkheidsvraag komen verschillende opties in beeld.<sup>73</sup> Behalve kwalitatieve aansprakelijkheid voor dieren, gevaarlijke stoffen en andere zaken en voor gebrekkige producten (art. 6:179, 6:175, 6:173 en 6:185 BW), gaat het dan om aansprakelijkheid van boeren voor nalaten bij het treffen van voorzorgsmaatregelen (onrechtmatige gevaarstelling; art. 6:162 BW) en om aansprakelijkheid van de overheid wegens inadequaat optreden ter voorkoming, beperking en bestrijding van de uitbraak. In haar bespreking van de mogelijkheden ziet Haazen, in het licht van een evaluatieonderzoek door de Commissie Van Dijk,<sup>74</sup> duidelijke aanknopingspunten voor aansprakelijkheid van de overheid: de overheid was te laat met maatregelen, te laat in haar informatievoorziening en luiverig om de volksgezondheid te laten prevaleren boven het economisch belang van de veehouderij. De beschikbare kennis zou voldoende aanknopingspunten hebben geboden om tot handelen aan te zetten, maar men gaf, en

70. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 26442, nr. 43, p. 6-7.

71. Zie in dit verband I. Haazen, 'Q-koorts in Nederland: wie is aansprakelijk voor de gezondheidsschade?', *NTBR* 2011, p. 394 e.v.

72. Ik gebruik alleen deze term. Er is ook nog sprake van een Q-koortsvermoeidheidssyndroom dat wel als QVS wordt aangeduid.

73. Haazen 2011, p. 406 e.v. In vergelijkbare zin, ook geïnspireerd door EHRM-rechtspraak, G.E. van Maanen, 'De impact van het EVRM op de letselschadepraktijk', in *In de schaduw van het slachtoffer*, LSA, Den Haag: Sdu 2013, p. 97 e.v.

74. Commissie Van Dijk, *Van verwerping tot verheffing: Q-koortsbeleid in Nederland 2005-2010*, Den Haag 22 november 2010.

dat was een politieke keuze,<sup>75</sup> voorrang aan de Mexicaanse griep. Wat betreft de aansprakelijkheid van boeren op basis van art. 6:162 BW is de situatie minder rooskleurig, omdat onzorgvuldig handelen juist moeilijk aangetoond kan worden. Wat dat betreft kan art. 6:175 BW, immers een risicoaansprakelijkheid, eventueel wel aansprakelijkheid opleveren van boeren wier dieren besmet zijn met de betrokken bacterie. In de loop van vorig jaar werd er in gewone media melding van gemaakt dat een paar honderd slachtoffers alle ruim 100 besmette geitenboeren aansprakelijk hebben gesteld. Daarbij lijkt het inderdaad te gaan om een claim op basis van risicoaansprakelijkheid. Dat men alle boeren heeft aangesproken, heeft een causaliteitsprobleem (welk dier van welke boer is immers verantwoordelijk voor de gezondheidsschade van een concrete eiser?) als achtergrond.<sup>76</sup>

De overheid is in deze zaak nadrukkelijk in beeld gekomen, maar wijst iedere bijzondere verantwoordelijkheid, laat staan aansprakelijkheid, af. De confrontatie tussen getroffen en overheid heeft geleid tot een onderzoek uit eigen beweging door de Nationale Ombudsman die in zijn rapport concludeert dat de overheid het vertrouwen van de burgers heeft geschonden doordat er onvoldoende aandacht was voor voorlichting over het besmettingsgevaar en gezondheidsklachten niet of te laat werden erkend.<sup>77</sup> Verder hekelt hij het feit dat oplossingen op maat zijn uitgebleven en de verantwoordelijke bewindspersonen niet bereid waren tot het maken van excuses. Hij beveelt uiteindelijk niet alleen aan alsnog excuses te maken, maar ook een financiële tegemoetkoming aan te bieden in individuele gevallen. Daarbij gaat hij ervan uit dat geen sprake is van aantoonbaar onrechtmatig handelen aan de zijde van de overheid maar wel van schending van een aantal behoorlijkheidsnormen die de conclusie rechtvaardigen dat toepassing van algemene regelingen voor ziektekosten, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid niet toereikend is. De regering heeft excuses echter geweigerd. Wel heeft zij 10 miljoen euro beschikbaar gesteld aan een onafhankelijke stichting om patiënten toekomstgerichte ondersteuning te bieden.<sup>78</sup> Het is echter niet de bedoeling dat de stichting individuele tegemoetkomingen toekent.<sup>79</sup> Daarvoor ziet de regering bij monde van minister Schipper geen grond: voor schadevergoeding van overheidswege

75. Zie in dit verband ook C. Prins, 'Griep, varkens en andere vervelende beestjes', *NJB* 2009, p. 2551 die juist omdat onze samenleving nu en in de toekomst waarschijnlijk nog vaker met grootschalige uitbraak van infectieziekten zal worden geconfronteerd (vanwege reislust, internationale handel in voedsel, gewassen en dieren, intensieve veehouderij) inzicht in de achtergronden en consequenties van dergelijke keuzes verlangt.

76. Zie bijvoorbeeld [www.volkskrant.nl](http://www.volkskrant.nl) (11 oktober 2013).

77. Nationale Ombudsman, 'Het spijt mij'. *Over Q-koorts en de menselijke maat*, rapport 2012/100 (19 juni 2012), Den Haag 2012.

78. *Kamerstukken II*, 2011-2012, 28286, nr. 569.

79. *Kamerstukken II*, 2012-2013, 28286, nr. 610, p. 2.

is geen aanleiding wanneer schuld en toerekenbaarheid niet aannemelijk zijn.<sup>80</sup> In de kern verwijst de minister hier naar basale uitgangspunten: voor aansprakelijkheid is een specifieke grondslag nodig. Daarbuiten hebben we een goed ontwikkeld systeem van verzekeringen en sociale zekerheid dat als sociaal vangnet dient. Een onverplichte individuele financiële tegemoetkoming aan Q-koorts-patiënten gaat aan deze uitgangspunten voorbij en schept een precedent. Anders dan in het verleden bij bijvoorbeeld ‘Bovenkarspel’ ziet de regering nu geen aanleiding voor het maken van een financieel gebaar als vergoeding voor geleden immateriële schade. In dit verband wijst zij erop dat zij in het licht van ‘Solidariteit met beleid’<sup>81</sup> juist terughoudend wil zijn: dergelijke regelingen wekken ten onrechte de indruk dat de overheid uiteindelijk schade vergoedt als die niet gedekt wordt door het genoemde stelsel van collectieve en private verzekeringen.<sup>82</sup> We raken hier intussen wel een belangrijk en terugkerend discussiepunt: is de ene ramp of crisis ‘aansprekender’ dan de andere, het ene slachtoffer beschermenswaardiger dan het andere?<sup>83</sup>

## 12. ‘Enschede’ en ‘Volendam’

Rond de eeuwwisseling werd Nederland opgeschrikt door twee rampen: de vuurwerkramp in Enschede op 13 mei 2000 en de brand in café De Hemel in de Oudejaarsnacht van 31 december 2000 in Volendam.<sup>84</sup> Bij de explosie(s) na een brand in de vuurwerkopslagplaats van S.E. Fireworks is een hele wijk weggevaagd. In beide gevallen vielen veel doden (23 in Enschede en 14 in Volendam) en zwaargewonden te betreuren.

Kort na de vuurwerkramp is het Besluit risico’s zware ongevallen van kracht geworden. Het is gericht op bedrijven die werken met grote hoeveelheden gevaarlijke stoffen en treft daarmee een groot aantal bedrijven. Recente incidenten zoals bij op- en overslagbedrijf Odjfell doen de vraag

80. In dit verband verwijst zij zowel naar *Kamerstukken II*, 2011-2012, 31765, nr. 52 (visie op schadefondsen) als naar *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32123 VI, nr. 88 (behoorlijk omgaan met schadeclaims).

81. Nader hierna onder 39.

82. *Kamerstukken II*, 2012-2013, 28286, nr. 610, p. 2-3. Sindsdien is de regering herhaaldelijk, onder meer door kamerleden Thieme, Krol en Schouw, maar zonder succes opgeroepen alsnog een schadefonds in te stellen. Zie *Kamerstukken II*, 2012-2013, 29683, nr. 158 en 163.

83. Zie ook Prins 2009 die zich hardop afvraagt hoe de overheid zou hebben gereageerd wanneer zes slachtoffers te betreuren waren geweest, niet van Q-koorts maar van een terroristische aanslag.

84. Zie onder meer A. Dek, ‘De vuurwerkramp in Enschede’, in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 9 e.v. en M. Zwagerman, ‘De cafébrand in Volendam’, in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 67 e.v.

stellen of verdere verbeteringen te realiseren zijn.<sup>85</sup> Ik laat dit verder rusten en richt me in het bijzonder op de compensatieproblematiek.<sup>86</sup>

Er zijn natuurlijk verschillen. Zo ging het in het geval van ‘Enschede’ natuurlijk ook om de wederopbouwproblematiek<sup>87</sup> en was in het geval van ‘Volendam’ in hoofdzaak sprake van personenschade, terwijl in Enschede behalve personenschade ook een enorme zaakschade en zuivere vermogensschade is ontstaan. Er vallen echter ook diverse parallellen te trekken. Beide rampen hebben geleid tot:

- grootschalige en langdurige inzet van overheidsdiensten;
- claims aan het adres van de verantwoordelijke exploitanten én aan het adres van de overheid;
- een forse financiële bijdrage door de overheid;
- bezorgdheid bij beleidsmakers en politiek, niet alleen over de vraag of het met (de handhaving van en het toezicht op) het veiligheidsbeleid wel goed genoeg is gesteld, maar ook over de vraag of de verantwoordelijke bedrijven en exploitanten in het geval van een incident wel voldoende solvabel zijn.

In het kader van het compensatievraagstuk is van groot belang dat de beide betrokken bedrijven/exploitanten in de verste verte niet in staat waren om de ontstane schade te vergoeden: de beschikbare ruimte in het kader van aansprakelijkheidsverzekering is in vergelijking met de totale schade nauwelijks het vermelden waard (het ging om enkele miljoenen gulden) en ook anderszins was de solvabiliteit van de rechtstreeks betrokkenen zeer beperkt in vergelijking met de omvang van de schade.<sup>88</sup>

In beide gevallen zijn mede daarom ook claims ter zake van overheidsaansprakelijkheid aan de orde. De overheid wordt in dit kader een aantal

85. Zie P.H. van Lieshout, ‘Het Besluit risico’s zware ongevallen (Brzo). Beschouwingen vanuit de inspectiepraktijk’, *TO* 2013, p. 113 e.v.

86. Zie ook T. Hartlief, ‘Schadefondsen en de rol van de overheid’, in *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA 2002, Den Haag: Vermande 2002, p. 61 e.v.

87. Ik laat deze wederopbouwproblematiek en de grote financiële inzet van de rijksoverheid in dat kader buiten beschouwing. Zie onder meer *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27157, nr. 9, p. 6-7.

88. De aansprakelijkheidsverzekeraar van caféhouder Veerman heeft de verzekerde som van 2.5 miljoen gulden aan een speciaal opgerichte Stichting uitgekeerd die vervolgens volgens een uitkeringsregeling vaste bedragen heeft uitbetaald. In de Enschede-zaak is aansprakelijkheid van S.E. Fireworks pas 5 jaar na de ramp vastgesteld en toen diende daarna nog een hoger beroep. Zie Hengeveld 2007, p. 239 die er naar aanleiding van ‘Bovenkarspel’, ‘Volendam’ en ‘Enschede’ op wijst dat iedere ramp een eigen schadeafwikkeling kent. Eén gestandaardiseerde regeling zou volgens hem niet steeds tot het snelste of meest wenselijke resultaat hebben geleid. Daarvoor verschilden de omstandigheden te zeer. Zie ook L. Dommering-van Rongen, ‘Veel rampen, weinig dekking’, *AV&S* 2001, p. 61 die sneller beschikbaar maken van de verzekerde som en verdeling via een fonds bepleit en een betere coördinatie tussen de instanties die zich met vergoeding bezighouden.

verwijten gemaakt: zij zou zich niet voldoende hebben bekommerd om deugdelijke regelgeving, fouten hebben gemaakt bij vergunningverlening, onvoldoende toezicht hebben uitgeoefend en zijn tekortgeschoten in haar handhavingsbeleid.<sup>89</sup> In het kader van de cafébrand in Volendam ging het vooral om de vraag of sprake is (geweest) van voldoende handhaving van of toezicht op de regelgeving met betrekking tot (brand)veiligheid. Tot erkenning van aansprakelijkheid of veroordeling tot schadevergoeding is het niet gekomen. In het kader van de vuurwerkramp in Enschede zijn diverse langlopende procedures tegen verschillende overheden gevoerd. Daarbij is de rijksoverheid verweten dat zij niets althans onvoldoende heeft gedaan met informatie die beschikbaar is gekomen bij en na de ontploffing in een vuurwerkfabriek in Culemborg in 1991. Geen van de gevoerde procedures heeft daadwerkelijk tot het aannemen van overheidsaansprakelijkheid geleid.<sup>90</sup>

Het verbaast niet dat de overheid ook anderszins in beeld is gekomen: ligt er voor haar, ook buiten aansprakelijkheid, geen taak in het kader van schadevergoeding? Zowel bij de vuurwerkramp als bij de cafébrand in Volendam is vervolgens gebleken wat de beperkte betekenis is van de WTS 1998. Deze wet is op geen van beide rampen van toepassing (verklaard), omdat het in beide gevallen in hoge mate om verzekerbare schade zou gaan. Vervolgens heeft de overheid echter wel op *ad hoc*-basis de nodige fondsen ter beschikking gesteld.<sup>91</sup>

Omdat het in het kader van de vuurwerkramp vooral zou gaan om verzekerbare schade, is de WTS buiten toepassing gelaten.<sup>92</sup> In geval van niet-verzekerde schade of onderverzekering zag het kabinet in eerste instantie ruimte voor particulier initiatief waarbij het in het bijzonder dacht aan de Stichting Nationaal Rampenfonds (NRF). Wel is van meet af aan duidelijk geweest dat het kabinet een bijdrage aan dat particuliere fonds zou doen en dat het in de sfeer van door overheden te maken kosten een (belangrijke)

89. Zie in dit verband onder meer C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving', in *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA, Den Haag: Vermande 2002, p. 37 e.v. en Van Boom en Giesen 2001, p. 1675 e.v.

90. In HR 9 juli 2010, *RvdW* 2010, 898 gaat het om een regreszaak aangespannen door de verzekeraars van bierbrouwer Grolsch tegen de Staat. Zij vangen bot. Ook in de zaak van omwonenden tegen onder meer de gemeente Enschede en de Staat zijn de vorderingen in twee instanties afgewezen. Zie Rb. Den Haag 13 december 2006, *NJ* 2007, 197 en Hof Den Haag 24 augustus 2010, *NJ* 2011, 418.

91. Zie in dit verband J.J. van der Helm, 'Tegemoetkomingsregelingen na de vuurwerkramp', *TVP* 2003, p. 40 e.v.

92. Zie *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27157, nr. 1, p. 4-5. In de particuliere sfeer gaat het daarbij onder meer om opstalverzekeringen, inboedelverzekeringen, ziektekostenverzekeringen en autocascoverzekeringen, terwijl in de sfeer van bedrijfsschade onder meer aan opstalverzekeringen, inventarisgoederenverzekeringen en bedrijfsschadeverzekeringen wordt gedacht.

bijdrage zou leveren.<sup>93</sup> Deze terughoudendheid heeft de regering echter niet kunnen vasthouden. Kort na de ramp werd de Commissie financiële afwikkeling vuurwerkramp (CFA) ingesteld door de gemeente Enschede. Haar bemoeienis heeft geleid tot diverse regelingen met betrekking tot niet-verzekerde schade:<sup>94</sup> Regeling opruimkosten, Regeling autoschade, Regeling Tegemoetkoming Onkosten Buitengewone Omstandigheden en de Regeling inboedelschade. De financiering geschiedde vanuit het NRF. De regering heeft in dit kader een donatie gedaan van 6.2 miljoen gulden.<sup>95</sup> In november 2001 is vervolgens een continuïteitsregeling voor ondernemers vastgesteld die speciaal was toegesneden op de problematiek van de vuurwerkramp.<sup>96</sup> Zij voorzag onder meer in een tegemoetkoming in de niet- en onderverzekerde materiële schade, in de niet- en onderverzekerde bedrijfsschade, een bedrijfsbeëindigingregeling in geval de bedrijfsvoering niet op aanvaardbare wijze kan worden voortgezet en een vergoeding van maximaal 2500 euro voor juridische, fiscale en bedrijfskundige begeleiding.<sup>97</sup> De financiering (gesproken werd van een maximum van 90 miljoen gulden) geschiedde door het ministerie van Economische Zaken.<sup>98</sup> De regering sprak de verwachting uit dat meer dan 90% van de getroffen ondernemers in het rampgebied hun bedrijf op aanvaardbare wijze zouden kunnen voortzetten.<sup>99</sup>

Ook op 'Volendam' is de WTS 1998 niet van toepassing verklaard, omdat opnieuw in belangrijke mate sprake zou zijn van verzekerbare schade.<sup>100</sup> In eerste instantie werd daarbij vooral aan de medische kosten gedacht. Kort na de brand gaf het kabinet aan dat het voor de gevallen van niet of onvoldoende verzekerde getroffen en vooral een rol zag weggelegd

93. Daarbij gaat het onder meer om verstrekkingen gedaan in het kader van de eerste opvang, uitvaartkosten en om herinrichtings- en aanverwante kosten. De diverse regelingen waarmee enkele tientallen miljoenen gulden zijn gemoeid, worden beschreven in *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27157, nr. 5, p. 6-7. Verder zijn er fiscale maatregelen getroffen en is een bijdrage geleverd in de sfeer van gefinancierde rechtsbijstand. Zie *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27157, nr. 2, p. 18-19, *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27157, nr. 4. en *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27 57, nr. 20, p. 59. Voor ondernemers is in eerste instantie door diverse organisaties een fonds gevormd waaruit voorschotten, huursuppleties en aanvullende kredietfaciliteiten werden gefinancierd. De rol en bijdrage van het NRF beperkte zich tot de schade van particulieren; ondernemers konden geen beroep doen op dat fonds. Zie *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27157, nr. 5, p. 7 e.v.
94. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 10, p. 5-7.
95. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 10, p. 5.
96. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 12, p. 1-2 en *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 13, p. 4-5.
97. In verband met Europese regelgeving was de maximale steun 100 000 Euro over een periode van maximaal drie jaar. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 12, p. 2.
98. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 12, p. 2.
99. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 13, p. 5. Omdat de transportsector in verband met Europese regelgeving buiten de regeling viel, is voor bijzondere gevallen voorzien in een oplossing die niet met overheidsgeld werd betaald.
100. Zie onder meer *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27575, nr. 6, p. 50.

voor particulier initiatief.<sup>101</sup> Wel heeft het een donatie van 3.5 miljoen gulden gedaan aan twee betrokken stichtingen: de Nederlandse Brandwondenstichting en de Stichting Slachtoffers Nieuwjaarsbrand.<sup>102</sup> Het betrof een uiting van nationale solidariteit en geen erkenning van of vooruitlopen op mogelijke overheidsaansprakelijkheid.<sup>103</sup> Inclusief de genoemde donatie dacht het kabinet in de periode tot 2001-2006 ca. 50 miljoen gulden uit te (moeten) geven in verband met kosten die door het Rijk aan de gemeente Edam-Volendam werden vergoed, diverse vormen van nazorg en kosten die met onderwijsvoorzieningen waren gemoeid.<sup>104</sup> Voor een meer uitgebreide rol van het Rijk zag het kabinet aanvankelijk geen aanleiding: het kabinet wees daarbij op de verschillende voorzieningen in de sfeer van bestrijding van medische kosten en in de sfeer van de sociale zekerheid (inclusief Wet Rea en ABW).<sup>105</sup> Na een suggestie van de Commissie onderzoek vuurwerkkramp (de Commissie Oosting)<sup>106</sup> en een oproep van de Kamer voorstellen te doen ten aanzien van vervolgschade waarbij in het bijzonder aan letselschade werd gedacht,<sup>107</sup> heeft de regering de CFA gereactiveerd. Deze CFA II moest inventariseren voor welke vormen van materiële schade geen of onvoldoende tegemoetkoming had plaatsgevonden<sup>108</sup> en mocht voorstellen voor aanvullende voorzieningen doen. De regering heeft de Enschede- en Volendam-problematiek daarbij tot één project samengevoegd.<sup>109</sup> Een aantal knelpunten is vervolgens opgelost. Daarbij ging het onder meer om de grens van 100.000 euro inzake de ondernemersregeling CFA I<sup>110</sup> en een aantal nieuwe voorzieningen in het kader van materiële personenschade (daaronder begrepen schade als gevolg van psychisch letsel).<sup>111</sup> In dit verband heeft de regering aanvullende fondsen beschikbaar gesteld.<sup>112</sup>

101. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27575, nr. 2, p. 8.

102. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27575, nr. 2, p. 8 en nr. 5, p. 42.

103. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27575, nr. 6, p. 45 en p. 50.

104. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27575, nr. 5, p. 42.

105. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27575, nr. 6, p. 3-4.

106. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 20, p. 59. Zij adviseerde een onderzoek te doen naar eventuele aanvullende voorzieningen voor financiële tegemoetkomingen in vormen van schade die niet door de diverse regelingen werden gedekt.

107. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 29.

108. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27157, nr. 44, p. 3-4.

109. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27157 en 27575, nr. 45, p. 45.

110. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27157, nr. 47, p. 2.

111. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27157, nr. 47, p. 2-3. Het ging daarbij onder meer om een vergoeding ter zake van inkomensderving in verband met ziekte gedurende het eerste jaar voor zover verzekeringen of CAO's hierin niet reeds voorzien en om een eenmalige uitkering in geval van blijvend psychisch of lichamelijk letsel. Zie Van der Helm 2003, p. 42 over de Regeling tegemoetkoming in kosten en inkomensderving bij ziekte vuurwerkkramp Enschede en de Regeling tegemoetkoming nabestaanden vuurwerkkramp Enschede vastgesteld en gefinancierd door het NRF.

112. Zie in dit verband ook E.H. Hulst, 'Schadefondsen bij rampen', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 171 e.v.

Het kabinet zag nadrukkelijk geen rol weggelegd voor de overheid in het kader van het bevorderen van tegemoetkomingen in andere dan materiële schade.<sup>113</sup> Voor gevallen van niet-verzekerde schade is immers de WTS in het leven geroepen. Zij heeft betrekking op vergoeding van materiële schade die niet op een aansprakelijke partij kan worden verhaald en niet verzekeraar is. In geval van aansprakelijkheid dient de volledige schade door de aansprakelijke partij te worden vergoed inclusief eventuele immateriële schade (smartengeld). Het kabinet achtte het niet wenselijk van deze recente wetgeving af te wijken of in dit verband een extra wettelijke voorziening te creëren. Deze lijn heeft de regering ook gevolgd in het kader van 'Voldendam': zij wenste niet van de WTS af te wijken en zag evenmin reden voor een extra voorziening.<sup>114</sup> Omdat de regering wel wil (laten) nadenken over vergoeding van letselschade maar niet over vergoeding van immateriële schade,<sup>115</sup> is nog een kamermotie ingediend die opriep tot de ontwikkeling van criteria voor een financiële tegemoetkoming bij immateriële schade van slachtoffers van rampen en calamiteiten, doch deze motie is verworpen.<sup>116</sup> Uit de nadere voorstellen van de CFA II blijkt wel hoe lastig het is: de regering suggereert alleen in de sfeer van materiële schade iets te willen doen, maar de eenmalige uitkering in geval van blijvend psychisch of lichamelijk letsel heeft toch wel trekken van een vergoeding ter zake van immateriële schade.<sup>117</sup>

Het kabinet heeft een zelfde lijn gevolgd bij beide rampen. In de discussie met de Kamer heeft het herhaaldelijk moeten uitleggen waarom de WTS niet van toepassing was en waarom niet met even grote ruimhartigheid als bij eerdere gevallen van overvloedige regenval werd opgetreden.<sup>118</sup> De aanbeveling van de Commissie Oosting om een basis-ontwerp voor financiële regelingen na rampen op te stellen heeft het kabinet niet overgenomen, omdat de WTS 1998 naar zijn mening al in een dergelijke regeling voor niet-verzekerbare schade als gevolg van rampen voorziet: burgers en ondernemers dragen zelf verantwoordelijkheid voor verzekerbare schade.<sup>119</sup> Met de bijdragen aan het Nationale Rampenfonds en aan de Stichting Financiële Hulpverlening Vuurwerkrampp is uiting gegeven aan de

113. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 21, p. 61 en 62 en eerder al nr. 20, p. 59. Overigens is het de vraag of de hiervoor al besproken eenmalige uitkeringen die 'los' van vermogensschade worden gedaan, de facto niet uitkeringen ter zake van immaterieel nadeel inhouden.

114. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27575, nr. 6, p. 49.

115. Zie nog het verslag van de vergadering van 3 oktober 2001 TK-8-313-314 en 330-331.

116. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27575, nr. 13.

117. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27157, nr. 47, p. 3. De regering abstraheert hier immers van de aanspraken waarop betrokkene recht heeft en van persoonlijke omstandigheden als beroep en inkomenssituatie.

118. Zie in dit verband onder meer *Kamerstukken II*, 1999-2000, 27157, nr. 6, p. 1-2, 3, 7 en 8-9.

119. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 20, p. 60.

ationale solidariteit met de gedupeerden.<sup>120</sup> Desalniettemin is de WTS niet aan een evaluatieonderzoek ontsnapt. De Commissie Tegemoetkoming bij Rampen en Calamiteiten (Commissie Borghouts) diende het kabinet te adviseren over het vraagstuk van het onverplicht tegemoet komen door overheid, ondernemers of particulieren in schade bij rampen of calamiteiten.<sup>121</sup> In dit verband moest zij:

- inventariseren welke publieke en private voorzieningen reeds bestaan en wat aard en omvang van tegemoetkomingen door overheid en particuliere instanties bij recente rampen en calamiteiten is geweest;
- studie verrichten naar de verantwoordelijkheden en de grenzen ervan van overheid en anderen jegens gedupeerden bij rampen en calamiteiten;
- voorstellen doen voor aanvullende private of publieke voorzieningen waarop na een ramp of calamiteit een beroep kan worden gedaan.

Beide rampen brengen twee punten van zorg in beeld. Dat is in de eerste plaats de beperkte verzekeringsdekking bij ondernemers en exploitanten. In dit verband zouden betrokkenen hun verantwoordelijkheid moeten nemen en zich voor adequate bedragen dienen te verzekeren waarbij de dekking de schaderisico's die samenhangen met de activiteiten van onderneming of overheid voldoende zou moeten weerspiegelen.<sup>122</sup> In de tweede plaats is dat de rol van de overheid in het kader van het onverplicht tegemoet komen in de schade als gevolg van rampen zelf.<sup>123</sup> In het rapport *Solidariteit met beleid* van de Commissie Borghouts dat in 2005 is verschenen, komen beide punten duidelijk aan de orde. Het toenmalige kabinet heeft de conclusies vervolgens omhelsd. Grote vooruitgang is intussen nog niet geboekt.<sup>124</sup>

Het probleem van de afnemende acceptatie van individuele risico's en de neiging daarbij naar de overheid te kijken, is in 2002 door de regering op haar Strategische Agenda geplaatst.<sup>125</sup> Het zou nodig zijn grenzen te stellen aan het verschaffen van veiligheid door de overheid en het compenseren van schade en voor die grenzen draagvlak te creëren in de samenleving. In het bijzonder zou de verantwoordelijkheid van private partijen om financiële zekerheid te stellen een plaats in het wettelijk stelsel moeten krijgen. De moeilijke verhaalbaarheid van de schade op de veroorzaker wordt een voorname naam probleem genoemd. Zowel vanuit preventie- als vanuit vergoedings-

120. Zie *Kamerstukken II*, 2000-2001, 27157, nr. 20, p. 60.

121. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27157, nr. 44, p. 4.

122. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27575, nr. 6, p. 45-46.

123. Van der Helm 2003, p. 42 e.v. laat zien dat de getroffen regelingen ruimhartiger zijn dan op grond van de WTS, die vanwege de verzekerbaarheid van de schade nu juist buiten toepassing moest blijven, mogelijk zou zijn geweest.

124. Zie hierna onder 39 en 40.

125. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28000 VI, nr. 2, p. 25.

perspectief is het niet juist dat ondernemingen de samenleving aan risico's blootstellen waarvoor zij absoluut geen toereikende dekking hebben. Het stellen van eisen op het punt van solvabiliteit, het verplichten financiële zekerheid te stellen of zelfs de verplichting om een aansprakelijkheidsverzekering met voldoende dekking af te sluiten komen dan in beeld als remedie(s). Al snel werd aangekondigd dat het kabinet zou komen met wettelijke verplichtingen tot het stellen van financiële zekerheid voor risicovolle bedrijven.<sup>126</sup> Zo eenvoudig als het lijkt, is het echter niet.

Zo is meteen in het kader van een Ontwerp-Besluit Financiële Zekerheid Milieubeheer<sup>127</sup> een discussie tussen regering en de Kamer over voor- en nadelen gevoerd.<sup>128</sup> Uiteraard brengen eventuele verplichtingen regulering, controle en handhaving met zich met alle bezwaren vandien. Verzekeraars kunnen daarbij niet worden gedwongen een meer uitgebreide dekking te verschaffen. Een mogelijk bezwaar van verplichte verzekering is de afhankelijkheid van de overheid van verzekeraars en het gegeven dat verzekeraars de facto bepalen welke activiteit (in welke mate) wordt uitgeoefend. Dat is geen probleem zolang voldoende verzekeringsdekking beschikbaar is en van voldoende concurrentie op de verzekeringsmarkt sprake is.<sup>129</sup> Belangrijk zijn ook mogelijke uitvoeringsproblemen: juist een standaarddekking zal, zelfs als zij hoger ligt dan het niveau van dat moment, ontoereikend zijn bij grootschalige rampzalige gebeurtenissen. Waar het gaat om verplichte aansprakelijkheidsverzekering is in ieder geval de vraag of er op de verzekeringsmarkt – mede gelet op de relatief kleine kans op ongevallen met een enorme omvang – wel een sterk uitgebreide dekking beschikbaar is.<sup>130</sup> In dit verband wordt veelal gewezen op de mogelijkheden die op de Belgische verzekeringsmarkt bestaan. In België geldt een bijzonder regime voor ontploffing en brand in openbare gebouwen met als kenmerkende elementen een objectieve aansprakelijkheid van de exploitant en een verplichte aansprakelijkheidsverzekering.<sup>131</sup> In de praktijk wordt zo een

126. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28000 VI, nr. 6, p. 4.

127. Zie *Stc.* 16 juli 2001, nr. 134, p. 21 e.v.

128. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28000 XI, nr. 7.

129. In noodscenario's, waarin verzekeringsdekking niet beschikbaar is, zou de overheid als aansprakelijkheidsverzekeraar kunnen optreden. Dat is te verkiezen boven echte staatssteun. Als het effect is dat de overheid toch gaat bijspringen, zoals in het geval van vliegtuigmaatschappijen na de aanslagen op 11 september 2001 (in ieder geval kort) het geval is geweest, ligt premiebetaling voor de hand. Zie J. Spier, *Rampscenario's. De prijs van onzekerheid na 11 september 2001*, oratie Maastricht, Deventer: Kluwer 2001.

130. Zie W.H. van Boom, 'De strategische verzekeringsplicht', *AV&S* 2001, p. 165 en verder Wansink 2007.

131. Zie onder meer C. van Schoubroeck, 'Objectieve aansprakelijkheid en verzekeringsplicht bij schade door rampen. Een Belgische case-study', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 145 e.v. en H. Cousy, 'Rampenschade in België: nieuwe ontwikkelingen', in *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA, Den Haag: Vermande 2002, p. 116 e.v.

dekking gerealiseerd voor bedragen die in ieder geval een veelvoud vormen van de bedragen waarvoor de betrokkenen in ‘Bovenkarspel’, ‘Enschede’ en ‘Volendam’ dekking op hun aansprakelijkheidsverzekering hadden. Dit Belgische voorbeeld oefent daarom de nodige aantrekkingskracht uit.<sup>132</sup>

Aanvankelijk zijn inderdaad diverse vormen van verplichte zekerheidsstelling doorgevoerd, onder meer in het Vuurwerkbesluit 2002 en in de Mijnbouwwet. Het Besluit Financiële Zekerheid Milieubeheer dat uiteindelijk in 2003 werd ingevoerd, verdient bijzondere vermelding.<sup>133</sup> Op grond van het besluit kunnen gemeenten en provincies eisen dat bepaalde bedrijven een financiële zekerheid afgeven ter dekking van het opruimen van bodemverontreiniging ten gevolge van bijvoorbeeld een brand of explosie of onregelmatigheden in de procesvoering. Inmiddels is het Besluit in 2009 alweer ingetrokken onder meer vanwege de administratieve lasten en het feit dat zich gedurende de werkingsduur van het besluit geen schadegevallen hebben voorgedaan. Vanuit een oogpunt van preventie, vergoeding en ook vanuit een oogpunt van (het verminderen van de) druk op de overheid in geval van rampschade lijkt dit niet verstandig.<sup>134</sup>

In het bijzonder ‘Enschede’ leert dat het overheidsaansprakelijkheidsrecht getroffen van rampschade weinig te bieden heeft. De beslissingen van diverse rechterlijke colleges naar aanleiding van de vuurwerkcramp<sup>135</sup> geven eerder de indruk van ‘terughoudendheid waar mogelijk’ dan van ‘waar mogelijk het voordeel van de twijfel geven aan eisers’. Al kort na beide rampen is de verwachting uitgesproken dat het afgezien van de vraag hoe ‘hard’ en hoe ‘dringend’ de informatie is (geweest) die voor de overheid beschikbaar was, vooral ook zou afhangen van de ‘wil’ van de civiele rechter of er daadwerkelijk overheidsaansprakelijkheid zou worden aangenomen.<sup>136</sup> Mijn indruk is dat bij de terughoudende beoordeling van de feiten en de in dit verband aan het adres van de overheid gemaakte verwijten (een combinatie van) de volgende elementen een rol heeft (hebben) gespeeld:<sup>137</sup>

- de *specifieke positie van de overheid*: rekening wordt gehouden met de bijzondere positie van de overheid, de haar ter beschikking staande middelen en het gegeven dat zij veelal met zeer uiteenlopende – vaak ook tegenstrijdige – belangen van burgers rekening moet houden en

132. Zie nog hierna onder 41.

133. Zie W.C. de Vos, ‘Besluit verplichte financiële zekerheid’, *AV&S* 2003, p. 172.

134. Zeer kritisch zijn M.G. Faure en M.G.W.M. Peeters, ‘Financiële zekerheden in het Nederlandse milieurecht’, *AV&S* 2010, p. 136 e.v.

135. Zie onder meer E.M. van Orsouw, ‘Vuurwerkcramp Enschede: de Staat gaat vrijuit’, *MvV* 2010, p. 256 e.v.

136. Van Boom en Giesen 2001, p. 1676.

137. Zie in dit verband de uitvoerige conclusie van A-G Spier voor HR 9 juli 2010, *RvdW* 2010, 898 die zelf nadrukkelijk geen aansprakelijkheid zou willen aannemen en de genuanceerde kanttekeningen van Van Orsouw 2010.

derhalve ook de ruimte moet hebben dienaangaande beleidskeuzes te maken.<sup>138</sup> Het is nu eenmaal zo dat wat de ene burger goed uitkomt, de andere ernstig kan schaden.

- het vermijden van het probleem van de *hindsight bias*: met de kennis achteraf is het vaak zeer goed mogelijk om aan te geven wat er had moeten gebeuren om de uiteindelijk ontstane schade te voorkomen; daarmee is echter nog niet gezegd dat er destijds werkelijk voldoende aanleiding was om deze maatregelen te nemen;
- het idee dat de rekening ten onrechte bij de overheid als hooguit *zijdelingse laedens* terecht zou komen in plaats van bij de primaire veroorzakers;<sup>139</sup>
- *koudwatervrees* althans angst voor het, ten laste van de immers niet onuitputtelijke algemene middelen, aannemen van een mogelijk zeer grote aansprakelijkheidslast niet alleen in deze zaak maar mogelijk ook, in verband met precedentwerking, in andere gevallen.

In de kritiek op deze rechtspraak klinkt niet alleen door dat men vindt dat er feitelijk wel degelijk aanleiding voor aansprakelijkheid zou zijn, maar ook dat er nu juist in het licht van EHRM-rechtspraak, waarbij in het bijzonder het arrest inzake Öneriyildiz naar voren wordt geschoven,<sup>140</sup> redenen is voor een minder terughoudende rechterlijke opstelling.<sup>141</sup> De betrokken rechters gaan hier kennelijk niet in mee. Het pad der overheidsaansprakelijkheid in situaties als deze is met voetangels en klemmen bezaaid.

### 13. Cybersecurity: DigiNotar en DDoS

In deze tijd van digitalisering blijken we ook op dit punt kwetsbaar. Neem de DigiNotar-affaire in 2011 die zijn oorsprong vond in het onbruikbaar worden van PKI-overheidscertificaten na een inbraak door een hacker. Na de hack konden nepcertificaten in omloop worden gebracht en stond de

138. Zie in dit verband ook HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 (T. Hartlief) (Wilnis).

139. Zie ook Van Boom en Giesen 2001, p. 1677 in verband met de vraag of, vanuit prikkelwerkingsperspectief, eventuele overheidsaansprakelijkheid niet een subsidiaire aansprakelijkheid zou moeten zijn.

140. Zie over de betekenis van deze zaak voor overheidsaansprakelijkheid onder meer T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'EHRM-uitspraak Öneriyildiz tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen', *O&A* 2003, p. 109 e.v. alsmede T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving. Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake Öneriyildiz tegen Turkije?', *O&A* 2005, p. 76 e.v.

141. Uitsgesproken is bijvoorbeeld G.E. van Maanen, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?', in *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 47 e.v. en Van Maanen 2013, p. 97 e.v.

betrouwbaarheid van bekende websites ter discussie. Met een heel ander vervelend fenomeen worden we geconfronteerd wanneer de toegang tot een elektronische dienst onmogelijk wordt gemaakt door het platleggen van een site. Dat kan door middel van een DDoS<sup>142</sup>-aanval, die meestal vanuit een ‘botnet’ plaatsvindt: een netwerk van besmette computers die centraal worden aangestuurd om eenzelfde website tegelijkertijd te benaderen. Het effect kan zijn dat online bestellings- of betalingsverkeer niet meer mogelijk is of dat digitale informatiesystemen of overheidsdiensten onbereikbaar worden. De achtergrond kan een criminele zijn maar ook een ideologische (protest) of gewoon pesterij. Het is in dit soort gevallen waarin we afhankelijk zijn van netwerken die vaak ook weer met elkaar zijn verknoot al snel zo dat er velen getroffen worden.

ICT en computers spelen een cruciale rol in onze hedendaagse ‘netwerksamenleving’. ICT is hierin de kern, omdat zij verantwoordelijk is voor de ‘interdependenties’ tussen systemen, computers, software, telecom-infrastructuur en apparaten die door burgers en organisaties in private en publieke sector worden gebruikt. Elk deel van de samenleving ondervindt al snel (groot) nadeel van storingen binnen het netwerk. Daarbij kan worden gedacht aan echte storingen in het systeem, maar het kan nadrukkelijk ook gaan om verstoringen die door personen of organisaties zijn veroorzaakt. Soms zijn het verstoringen van het systeem zelf zoals door aanvallen met ‘malware’ of het verstoren van (online)dienstverlening bijvoorbeeld door het platleggen van sites. Het kan echter ook gaan om gebruik van ICT (inclusief nieuwe media) voor strafbare zaken en andere verwerpelijke doeleinden: *cybercrime*, misbruik, digitale identiteitsfraude, terroristische netwerken, digitale spionage, onlusten en massale ordeverstoring (Haren).

Wat dit thema lastig maakt, is:

- dat het om diverse kwetsbaarheden gaat en dat ook de bedreigingen van uiteenlopende aard zijn;
- dat de ‘daders’ moeilijk op één hoop kunnen worden gegooid: het gaat soms om staten, vaak om criminele netwerken, dan weer om een enkeling; veelal gaat het om boosaardig optreden, maar sommigen zijn ideologisch gemotiveerd (Wikileaks);
- dat de aard van de problematiek bijna per definitie grensoverschrijdend, of eigenlijk grenzeloos (globaal) is, zodat oplossingen en problemen moeilijk nationaal gehouden kunnen worden;<sup>143</sup>
- dat de technologie probleem en oplossing tegelijk lijkt te zijn, althans dat oplossingen vaak ook in de sfeer van de technologie moeten worden gezocht. Dat betekent niet alleen dat overheden met de industrie

142. *Distributed denial of service*.

143. Zie in dit verband ook C. Prins, ‘Nieuw buitenlandbeleid voor de digitale wereld’, *NJB* 2012, p. 2225.

moeten samenwerken. Het lastige hier is nadrukkelijk ook dat de technologie zich nog altijd in een rap tempo ontwikkelt, wat sterk het gevoel geeft dat we achter de feiten aanlopen.<sup>144</sup>

Zeker ook in dit verband wordt naar de overheid gekeken. Het kabinet heeft recentelijk de Nationale Cybersecurity Strategie 2 aan de Tweede Kamer aangeboden<sup>145</sup> en heeft inmiddels ook de notitie ‘Vrijheid en veiligheid in de digitale samenleving. Een agenda voor de toekomst’ het licht doen zien.<sup>146</sup> Het kabinet zet in op een veilig digitaal domein, waarin kansen van digitalisering worden benut, dreigingen het hoofd worden geboden en fundamentele rechten en de internetvrijheid zo optimaal mogelijk worden beschermd. Behalve op transparantie en kennisontwikkeling zet het kabinet daarbij in op (zelf)regulering. Het vergroten van de digitale weerbaarheid van overheid, burgers en bedrijfsleven geschiedt onder meer door bewustwordingscampagnes, verbeteren van digitale vaardigheden, onderzoek en innovatie.

In het kader van dit preadvies is vooral de visie van het kabinet op de diverse verantwoordelijkheden van belang. In dit verband komen niet alleen de verantwoordelijkheden van burgers en bedrijfsleven, maar ook die van de overheid aan bod. Van *burgers* wordt een zekere ‘cyberhygiëne’ en eigen verantwoordelijkheid verwacht,<sup>147</sup> maar van hen kan niet worden verwacht dat zij de steeds complexere ICT-diensten en -producten volledig kunnen doorgronden op veiligheids- en privacy-aspecten. Daarom ligt hier een verantwoordelijkheid voor *ICT-leveranciers en -producenten* (‘security and privacy by design’): in dit verband is onder meer het opstellen van internationale normen en standaarden een kabinetsprioriteit.

Aanbieders van ICT-netwerken en -diensten of andere op ICT gebaseerde diensten hebben een verantwoordelijkheid, in dit verband wordt van zorgplicht gesproken, jegens hun klanten. Ook ICT-producten en -diensten moeten veilig zijn. Daarbij denkt het kabinet primair aan zelfregulering, waarbij zo nodig wel aanvullende regulering of toezicht ingezet kan worden.

144. Zie in dit verband bijvoorbeeld ook M. Hildebrandt, R.E. Leenes en M.H.A.F. Lokin, ‘Technologie en wetgeving in cyberspace: verstandshuwelijk of innige relatie’, *Regelmaat* 2012, p. 61 e.v. die zich niet alleen afvragen of regulering (meer regels, nieuwe regels) de juiste strategie is voor problemen in *cyberspace* maar ook of ingeval van regulering wel aan klassieke overheidsregels moet worden gedacht.

145. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 26643, nr. 291.

146. Zie *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33750, E.

147. Tegelijkertijd kan van de effectiviteit van virusscanners e.d. niet teveel worden verwacht. Zie B. Jacobs, ‘De DDoS Paradox: Ontsluiten door Afsluiten’, *NJB* 2013, p. 2194: de verantwoordelijkheid voor beveiliging kan daarom beter worden gelegd bij degene die daadwerkelijk zaken kan realiseren. Daarom moet beveiliging vanuit de infrastructuur geregeld worden

Het kabinet ziet de rol van de overheid in het digitale domein groeien: niet alleen moet zij zelf investeren in de veiligheid van de eigen netwerken en systemen, maar zij moet beschermend optreden wanneer de veiligheid van bedrijven en burgers of fundamentele rechten en waarden worden bedreigd. Waar nodig zal dan kader- en normstellend worden opgetreden. Daarbij gaat zij er vanuit dat maatregelen in het kader van *cybersecurity* steeds om maatwerk vragen.

Waar het gaat om *cybercrime* wordt uiteraard aan het inzetten van het strafrecht gedacht. Ook dat systeem moet wel voldoende zijn toegesneden op de ontwikkelingen rond *cybercrime* en daarom wordt het wetsvoorstel computercriminaliteit III ingediend. Ook vanuit ‘Europa’ komen er regels met betrekking tot aanvallen op informatiesystemen en de strafrechtelijke aanpak daarvan.

Deze ‘Agenda voor de toekomst’ levert al 19 actiepunten op. Ook ‘Europa’ en de Verenigde Staten laten zich niet onbetuigd en tonen daadkracht in de vorm van regulering. In een recent overzicht over netwerk- en informatiebeveiliging wordt in beeld gebracht dat er reeds nu een groot aantal specifieke wettelijke (of daarmee op een lijn te stellen) beveiligings- en meldverplichtingen is, wordt gesteld dat bedrijven die hun zaken niet op orde hebben eventueel ook nu al civielrechtelijk (ex art. 6:74 of 6:162 BW) dan wel strafrechtelijk kunnen worden aangepakt, maar vooral dat er zowel op nationaal als Europees vlak nog heel veel gaat komen.<sup>148</sup> Zo ligt er een Europese concept-richtlijn en een concept-verordening met betrekking tot netwerk- en informatiebeveiliging. De eerste verlangt een nationale netwerk- en informatiebeveiligingsstrategie, het aanwijzen van een nationale autoriteit met bevoegdheden met betrekking tot de beveiliging van netwerk- en informatiesystemen, voorziet in de oprichting van een samenwerkingsnetwerk van nationale autoriteiten en stelt een meldplicht voor incidenten met betrekking tot vitale infrastructuur. Verder verplicht de richtlijn overheden en marktdeelnemers passende beveiligingsmaatregelen te treffen. De tweede bevat onder meer een meldplicht van inbreuken met betrekking tot persoonsgegevens. Ook de Nederlandse wetgever heeft overigens een meldplicht datalekken geïntroduceerd.

Interessant is dat de Nederlandse en de Europese wetgever beide een meer doeltreffende netwerk- en informatiebeveiliging nastreven, in dat verband de toezichthouders beter willen toerusten en daarbij inzetten op meldplichten. Nederland wil het echter aan de lidstaten overlaten te bepalen wat de vitale sectoren zijn waarop de meldplicht van toepassing is, wil niet toe naar een centrale toezichthouder maar wil ook sectorale toezichthouders nog bevoegdheden laten behouden en ziet het onderwerp netwerk- en informatiebeveiliging mede als een verantwoordelijkheid van de private sector.

148. Zie M.A.M. Verveld-Suijkerbuijk en A.J.P. Tillema, ‘Netwerk- en informatiebeveiliging: ontwikkelingen in het regelgevende kader’, *Ondernemingsrecht* 2013, p. 390 e.v.

In plaats van een ‘top down’-benadering van gedetailleerde verplichtingen zou Nederland willen inzetten op verplichte zelfregulering en de ontwikkeling van eigen technische capaciteiten, opleidingen en *best practices*.

Vanuit het perspectief van dit preadvies is relevant dat het hier om een sector gaat, waarin de overheid een steeds grotere rol speelt, waarin deze voor de vraag staat wat nog nationaal kan worden aangepakt en wat moeilijk anders dan in Europees of anderszins internationaal verband kan worden aangepakt en waarin ook over overigens de vraag is wat de beste strategie is om veiligheid te bevorderen en criminele activiteiten tegen te gaan. De trend is er, zowel nationaal als Europees, een van regulering en toezicht. Logischerwijs wordt ook op het strafrecht ingezet. De Nederlandse regering zet bovendien in op zelfregulering bijvoorbeeld door aanbieders van ICT-diensten of producten.<sup>149</sup> De betekenis van het aansprakelijkheidsrecht lijkt beperkt: uiteraard zouden de echte boosdoeners aansprakelijk gesteld kunnen worden. Veelal zijn zij niet te achterhalen en ontspringen zij de dans, als ze al enig verhaal zouden bieden. In de praktijk wordt dan ook meer aandacht besteed aan de mogelijkheid anderen met eigen of afgeleide verantwoordelijkheden aan te spreken.<sup>150</sup> Zo wordt wel gewezen op de mogelijke betekenis van aansprakelijkheid ex art. 6:74 of art. 6:162 BW niet alleen om betrokkenen te prikkelen te zorgen voor een adequaat veiligheidsniveau, maar ook in verband met de compensatie van eventueel geleden schade. Zowel in de DigiNotar-zaak als in verband met de DDoS-aanvallen wordt het civiele aansprakelijkheidsrecht inderdaad ook in beeld gebracht.

In de DigiNotar-affaire zaak gaat het om het onbruikbaar worden van PKI-overheidscertificaten na een inbraak door een hacker in 2011. Na de hack konden nepcertificaten in omloop worden gebracht en kon de betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid van digitaal berichtenverkeer met de overheid niet meer worden gegarandeerd. Gegevens van burgers zouden in verkeerde handen kunnen komen. De regering zag zich daarna genoodzaakt om acute maatregelen te treffen. In de doctrine is aandacht gevraagd voor de mogelijkheden die het privaatrecht bij het aanpakken van DigiNotar zou kunnen bieden. Weliswaar is zij de dupe van een hack, maar zij zou aansprakelijk kunnen zijn voor het niet tijdig melden (meteen nadat zij kennis kreeg van de hack) dat het certificaat niet meer betrouwbaar was. In dit verband kan aan wanprestatieacties van afnemers worden gedacht, maar eventueel ook aan aansprakelijkheid van de certificatie dienstverlener ex art. 6:196b BW.<sup>151</sup> Eén lastig aspect zou in dit verband kunnen zijn dat

149. Als waar is dat in de ICT-wereld de nadruk (nog altijd) meer ligt op functionaliteit dan op beveiliging (aldus bijvoorbeeld Jacobs 2013, p. 2193) valt hier nog winst te boeken.

150. Zie bijvoorbeeld C. Prins, ‘Zorgplichten en Cybercrime’, *NJB* 2013, p. 1185.

151. Aldus C. Prins, ‘Een hack bij DigiNotar’, *NJB* 2011, p. 2009.

niet steeds hard te maken is welke schade men precies door het handelen of nalaten van de ander heeft geleden.

Ook in het kader van de DDoS-aanvallen speelt dat probleem een rol. Evident is dat zeer velen getroffen (kunnen) zijn wanneer bijvoorbeeld online-bestellingen en -boekingen of online betalingsverkeer niet meer mogelijk zijn. Bijvoorbeeld van banken, die zwaar hebben ingezet op het internetbankieren, mag worden verwacht dat hun verdedigingslijnies adequaat zijn in deze tijd waarin de omvang van kwaadaardige activiteiten gegroeid is: denk daarbij aan het authenticatieproces, aan het ontvlechten van diverse systemen, zodat uitval van het ene niet ook doorwerkt naar het andere of het mogelijk maken dat inkomend webverkeer selectief afgeknepen kan worden. Van webwinkels mag worden verwacht dat zij zich niet afhankelijk maken van een betalingsmogelijkheid.<sup>152</sup> Vanuit aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief kunnen contractuele vormen van aansprakelijkheidsbeperking (bancaire voorwaarden bijvoorbeeld) een probleem vormen, net als het gegeven dat er wellicht een hogere veiligheid mogelijk is, maar zij maatregelen vergt die qua kosten niet in verhouding staan tot de geringe daarmee te voorkomen schade bij klanten. Recentelijk is Tjong Tjin Tai tot de conclusie gekomen dat het niet uitgesloten is dat banken, ondanks hun voorwaarden aansprakelijk zijn, zij het dat een belangrijk bezwaar blijft dat het in veel gevallen niet zo eenvoudig zal zijn om daadwerkelijk significante schade aan te tonen: niet-betaling van schulden voor enkele dagen leidt niet snel tot grote schade, ergernis is nog geen rechtens relevante schade en een webwinkel waarbij enige tijd niet gekocht kan worden hoeft daardoor niet meteen verlies te lijden.<sup>153</sup> Wellicht immers worden de aankopen na de aanval alsnog gedaan. Een optie zou dan zijn dat de (Europese) wetgever een regime van forfaitaire schadevergoedingen bij storingen introduceert.

Het is de vraag wat, zonder nader wetgevend ingrijpen, de meerwaarde is van het aansprakelijkheidsrecht toegepast op anderen dan de directe boosdoeners. Vanuit prikkelwerkingsperspectief hoeft dat niet erg te zijn: als prikkel tot actie zou de vrees voor reputatieschade belangrijker kunnen zijn dan de onzekere en beperkte mogelijkheden om daadwerkelijk schadevergoeding te verkrijgen.<sup>154</sup>

152. Jacobs 2013, p. 2194 e.v.

153. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Zorgplichten van banken tegen DDoS-aanvallen', *NJB* 2013, p. 2196 e.v. Wat hem betreft is een beperkte betekenis van het aansprakelijkheidsrecht niet teleurstellend: de roep om meer aansprakelijkheid is 'de linkse variant van de roep om strenger straffen'. Daarbij moeten we ons realiseren dat de aansprakelijkheden op burgers worden afgewenteld.

154. Aldus Tjong Tjin Tai 2013, p. 2200.

#### 14. Financiële crises

In dit kader komen we, ook weer noodzakelijkerwijs kort en bondig, te spreken over diverse crises in de financiële sector. Uiteraard hebben we het over de kredietcrisis die van banken is overgeslagen naar overheden en heeft geleid tot de euro-crisis, maar we hebben het ook over de situatie van enkele individuele Nederlandse banken die, mede door de kredietcrisis en haar gevolgen, in problemen zijn geraakt: Fortis na de overname van ABN AMRO, DSB en SNS. In twee van deze drie gevallen, namelijk bij Fortis en SNS, heeft de Nederlandse overheid stevig ingegrepen omdat het om zogenoemde systeembanken gaat. Het omvallen van een dergelijke bank zou desastreuze gevolgen hebben voor de stabiliteit van het systeem en voor de Nederlandse samenleving. Na het ingrijpen bij Fortis heeft de overheid het instrumentarium uitgebreid met de zogenoemde Interventiewet, die vervolgens meteen bij (de nationalisatie van) SNS is toegepast.<sup>155</sup> De crises hebben uiteraard aanleiding gegeven tot evaluatieonderzoek en zelfreflectie,<sup>156</sup> maar vooral ook tot een lawine van regelgeving zowel op Europees als nationaal vlak.

Het begon in 2008 als een kredietcrisis die van banken vervolgens is overgeslagen naar overheden.<sup>157</sup> Een aantal factoren en gebeurtenissen is relevant:

- instabiliteit van de wereldwijde betalingsbalans die onder meer heeft geleid tot lage rentes in de Verenigde Staten met als gevolg dat er daar veel werd geleend;
- productinnovatie in de zoektocht naar hogere opbrengsten met onder meer *securitizations* als voorbeeld (vorderingen op naam (meestal uit kredieten) worden daarbij omgezet in verhandelbare effecten (meestal obligaties));

155. Zie R.H. Maatman en M.H.J.M. ter Braak, 'Financiële crisis en noodsituatie', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 287 e.v. voor een inventarisatie van bevoegdheidsgrondslagen voor staat en toezichthouders.

156. Zie uiteraard vooral het rapport van de Commissie De Wit (Parlementaire Enquête Financieel Stelsel), *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33980, nr. 61, Commissie Maas (Adviescommissie Toekomst Banken), *Naar herstel van vertrouwen*, 2009 en van de Commissie Wijffels (Commissie Structuur Nederlandse Banken), *Naar een dienstbaar en stabiel bankwezen*, juni 2013.

157. Natuurlijk is deze analyse te kort door de bocht en zijn er ongetwijfeld meer oorzaken en aanleidingen en zeker is dat er heel veel meer over te zeggen valt, maar dat kan niet in dit bestek. Ik verwijs onder meer naar R.D. Vriesendorp en R. Wibier, 'De kredietcrisis en privaatrecht' *NJB* 2009, p. 2 e.v., R. Wibier, 'Lessen naar aanleiding van de kredietcrisis', *NJB* 2009, p. 1198 e.v., W.G. Wolters, 'Spelen met financiële risico's in een onzekere wereld', *Justitiële Verkenningen* 2009, p. 12 e.v., B. Unger, 'Wie is verantwoordelijk voor de financiële crisis?', *Justitiële Verkenningen* 2009, p. 77 e.v. en N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem en N.S.G.J. Vermunt (red.), *De kredietcrisis*, Deventer: Kluwer 2010.

- *subprime*-crisis in de Verenigde Staten die mogelijk werd door *securitizations*;
- gebrek aan vertrouwen in de kredietwaardigheid van banken omdat die vooral ook zelf, onder meer door diverse afgeleide financiële producten, het risico van de *securitizations* droegen;
- de rentes die de banken elkaar onderling berekenen gingen omhoog;
- *rating agencies* verlaagden de *ratings* van financiële ondernemingen;
- Lehman Brothers ging failliet;
- *bank runs* dreigden;
- alleen overheden konden het tij keren door middel van drastische maatregelen als nationalisaties, garanderen van tegoeden en het verlagen van rentes;
- daarna ontstond angst voor een recessie, raakten overheden die zelf banken moesten redden in problemen en daalde het vertrouwen van de kapitaalmarkten in deze landen, waarna *ratings* werden verlaagd;
- instabiliteit van het euro-stelsel in Europa en maatregelen in dat verband niet alleen om probleemlanden maar ook om het stelsel zelf overeind te houden (euro-crisis).

De situatie is, zacht gezegd, complex. Naast globaal economische factoren zijn vooral diverse systeemrisico's van belang die verbonden zijn aan het op *securitized credit* gebaseerde financieringsmodel van banken:

- grote hoeveelheid onderlinge transacties;
- als gevolg van de ingewikkelde financiële producten vooral ook verdringen op elkaar;
- besmettingsgevaar (insolventie van de een slaat zo over op de ander);
- scheefgegroeide verhouding tussen door de bank aangehouden kapitaal en schulden van de bank zonder dat dit steeds uit de balans blijkt;
- het toegenomen gevaar van een *bank run*;
- het vertrouwen op *rating agencies*;
- elkaar versterkende effecten (verlaging van de *rating* van een financiële onderneming bijvoorbeeld leidt tot een neerwaartse spiraal).

De Nederlandse situatie wordt vooral bepaald door het ongekend krachtige ingrijpen in zeer korte tijd door de regering naar aanleiding van het dreigende omvallen van Fortis in 2008, nadat zij eerst ABN AMRO had overgenomen, maar mede door de kredietcrisis in problemen kwam. De Staat heeft uiteindelijk ABN AMRO, Fortis Bank Nederland en Fortis Verzekeringen genationaliseerd.<sup>158</sup> Diverse instellingen, onder meer ING, Aegon en SNS, is in de periode vanaf eind 2008 op royale basis kapitaal verstrekt. Per 1 februari 2013 is ook SNS genationaliseerd, nadat dat (door haar vast-

158. Zie hierna onder 18.

goedpoot) in problemen was gekomen.<sup>159</sup> Zowel in geval van Fortis als van SNS was naar het oordeel van de regering sprake van systeembanken zodat in het belang van het stelsel moest worden ingegrepen. Voor Scheringa's DSB, dat onder meer door een *bank run* na een oproep daartoe door Lakeman in oktober 2009 in grote problemen was gekomen, gold dat echter niet. DSB viel vervolgens op 19 oktober 2009 om. Duidelijk is dat het Nederlandse bancaire landschap binnen enkele jaren drastisch is veranderd: niet alleen zijn belangrijke spelers van het toneel verdwenen, maar opvallend is ook de grote invloed van de staat op de sector.

## 15. Daadkracht

De crisis heeft aanleiding gegeven tot lange lijsten van oplossingen, suggesties voor maatregelen en wat dies meer zij.<sup>160</sup> Daarbij wordt niet alleen het *securitized credit*-model als zodanig ter discussie gesteld, maar wordt onder meer ook de vraag gesteld of bepaalde financiële producten niet in de ban zouden moeten worden gedaan, wordt gesuggereerd dat banken terug zouden moeten keren naar een meer traditionele vorm van bankieren,<sup>161</sup> wordt gesteld dat het scheiden van activiteiten, het ontrafelen van de financiële sector en het plaatsen van schotten (ook binnen de financiële instellingen) noodzakelijk is,<sup>162</sup> wordt de bonus-cultuur in de financiële wereld aan de kaak gesteld, klinkt de roep om meer en beter toezicht<sup>163</sup> en wordt gepleit voor een regime waarin bij het overeind houden (en dus steu-

159. Zie hierna onder 18.

160. Zie onder meer C.M. Grundmann-van de Krol, 'Kredietcrisis en financiële regelgeving', in N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem en N.S.G.J. Vermunt (red.), *De kredietcrisis*, Deventer: Kluwer 2010, p. 47 e.v.

161. Een opmerkelijk fenomeen in dit verband is de bankierseed. De Commissie Maas (*Naar herstel van vertrouwen*, 2009) zet onder meer in op herstel van het vertrouwen in de banken door weer het primaat bij het belang van de klant te leggen. Om dat kracht bij te zetten zouden bankiers een verklaring moeten afleggen. Aanvankelijk was dit geregeld in de Code Banken, maar inmiddels in de wet (art. 4:9 Wft) met een uitwerking in de Regeling eed of belofte financiële sector 2013 (*Stc.* 2012, 26874). In dezelfde sfeer, namelijk een zekere 'verpublicrechtelijking', ligt wat mij betreft het pleidooi van de loop van de NVB voor een tuchtrecht voor banken. Zie in dit verband ook W.J. Oostwouder, 'Naar herstel van vertrouwen?', *Onderneming en Financiering* 2009, p. 15 en 27.

162. Zie bijvoorbeeld de Commissie Wijffels, *Naar een dienstbaar en stabiel bankwezen*, juni 2013, p. 24-25.

163. Zie onder meer B.H.M. Custers, 'Kredietcrisis vraagt om scherper toezicht', *NJB* 2009, p. 176, R.H. Maatman en C.F. Flinterman, 'Financieel toezicht vóór en na de kredietcrisis', in N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem en N.S.G.J. Vermunt (red.), *De kredietcrisis*, Deventer: Kluwer 2010, p. 25 e.v. en V.P.G. de Serière, 'Is versterking van het toezichtsinstrumentarium van De Nederlandsche Bank wenselijk?', *Ondernemingsrecht* 2011, p. 12 e.v.

nen) van systeembanken niet vooral de belastingbetaler de dupe is,<sup>164</sup> maar dat crediteuren van de systeembank en haar kapitaalverschaffers meebetalen net als zij in geval van een faillissement zouden moeten doen (*bail in*)<sup>165, 166</sup>

De diverse overheden, zowel nationale als Europese, laten zich niet onbetuigd en trekken een zware wissel op het absorptievermogen van de financiële sector.<sup>167</sup> Vanuit ‘Europa’ komen onder meer nieuwe kapitaal-eisen voor banken, beloningsprincipes, regels met betrekking tot de stressbestendigheid van banken en van het financiële systeem, kapitaal-eisen voor verzekeraars, regels met betrekking tot de derivatenhandel, ratingbureaus en depositogarantiestelsels. Van groot belang is dat ook een nieuw systeem van Europese toezichthouders wordt ingevoerd om de financiële stabiliteit te versterken en systeemrisico’s in een vroeg stadium te herkennen.<sup>168</sup> Op nationaal niveau springt in het bijzonder de Interventiewet in het oog en gaat het verder onder meer om de invoering van een (verbeterde) geschiktheidstoets van bestuurders en commissarissen, een regeling tot aanpassing en terugvordering van bonussen (*claw back*) en, ook niet niks, een beperking van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders DNB en AFM.<sup>169</sup> Verder staat versterking van de *governance*-structuur bij DNB en AFM op de politieke agenda.<sup>170</sup> Zowel de banken als verzekeraars hebben een Code in werking doen treden, waarbij het terugwinnen van het vertrouwen in de sector een van de drijfveren is. Ook de AFM richt zich in het bijzonder op het terugwinnen van het vertrouwen en het centraal stellen van het klantbelang. De DNB op haar beurt werkt aan het verhogen van

164. Zie over het gevaar van misbruik van de impliciete overheidsgarantie waar banken niet voor betalen ook P.J. Wattel, ‘Mannenpyramidespel’, *NJB* 2013, p. 797 en J. Barneveld, ‘Survival of the fattest. Over financiering van systeembanken met risicodragend vermogen’, *NJB* 2012 p. 654 e.v. die betoogt dat voorgestelde hogere kapitaal-eisen het risico weliswaar verleggen van de Staat naar financiers van de bank, maar nog niet ver genoeg gaan.

165. Zie ook weer Commissie Wijffels, *Naar een dienstbaar en stabiel bankwezen*, juni 2013, p. 24 die daarbij pleit voor een uniform Europees regime. Zie in dit verband ook A.D.S. Hoeblal en J.J.A. Wiercx, ‘*Bail-in*: over de (wettelijke) beperking van rechten van crediteuren’, *MvV* 2013, p. 269 e.v.

166. Zie ook E.M. Sent, ‘Over de grenzen van financieel toezicht’, *Ondernemingsrecht* 2013, p. 171 e.v.

167. Zie in dit verband R. Wibier, ‘In afwachting van ...enige rust op het terrein van het financiële recht?’, *NJB* 2011, p. 2 e.v. en R. Labeur en R. Wibier, ‘Kroniek van het financiële recht’, *NJB* 2012, p. 1031 e.v.

168. Zie bijvoorbeeld A.T. Ottow, ‘Het Europese toezicht op de financiële markten’, *Regelmaat* 2011, p. 202 e.v., J.A. Bikker, J. Brinkhoff en A.A.T. Wesseling, ‘De nieuwe Europese financiële toezichthouders’, *Onderneming en Financiering* 2011, p. 31 e.v. en W.H. Bovenschen, K. Holtring, G.J.S. ter Kuile en L. Wissink, ‘Europees banktoezicht (SSM). Juridische en praktische perspectieven’, *NtER* 2013, p. 364 e.v.

169. Zie over dat laatste hierna onder 17.

170. Zie in dit verband R. Theissen, ‘Versterking governance DNB en AFM’, *Ondernemingsrecht* 2011, p. 396 e.v.

de weerbaarheid van de financiële wereld tegen toekomstige crises. In dit verband gaat het onder meer over de kapitaalbuffers van banken en verzekeraars (Basel III en Solvency II) en over een betere voorbereiding van pensioenfondsen op een verslechtering van de dekkingsgraad. Overigens heeft DNB zich na de kritiek op haar rol als toezichthouder in de financiële crisis gezet aan een cultuurverandering.

De zogenoemde Interventiewet is waarschijnlijk, althans in dit kader, de meest in het oog springende ontwikkeling.<sup>171</sup> Aanleiding was dat het bestaande instrumentarium van DNB om in te grijpen bij banken onder meer in verband met DSB en Fortis niet toereikend zou zijn geweest.<sup>172</sup> Het aanvankelijke instrumentarium was eigenlijk alleen gericht op preventie, waarbij, als het dan toch mis zou gaan, faillissement volgde. Ondernemingen met een nutsfunctie kunnen echter beter niet failliet gaan, althans niet ongecontroleerd. Daarom moest worden voorzien in regels met betrekking tot tijdige en ordentelijke afwikkeling van instellingen en bevoegdheden tot ingrijpen, waarbij anders dan in het verleden niet enkel de focus lag op een individuele onderneming maar waarin de stabiliteit van het stelsel centraal staat.

Zowel DNB als de minister van Financiën hebben ingevolge deze wet, die in een nieuw hoofdstuk 6 van de Wft heeft voorzien, nieuwe bevoegdheden. De DNB heeft vergaande bevoegdheden wanneer sprake is van tekenen van een gevaarlijke ontwikkeling met betrekking tot het eigen vermogen, de liquiditeit, solvabiliteit of technische voorzieningen van een bank of verzekeraar en redelijkerwijs is te voorzien dat deze ontwikkeling niet voldoende of niet tijdig ten goede zal keren. In dat geval mag DNB een overdrachtsplan opstellen op basis waarvan:

- de verkoop van de probleeminstelling aan een private partij plaatsvindt door de overdracht van aandelen;
- de overdracht van de deposito's van de probleeminstelling aan een private partij met financiering van het depositogarantiestelsel plaatsvindt;

171. *Stb.* 2012, 241 in werking getreden op 13 juni 2012 met terugwerkende kracht tot 20 januari 2012. Officieel is het voorstel behandeld als 'Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen'. Zie onder meer R. Wibier, 'Zachte heelmeeesters, stinkende wonden', *NJB* 2011, p. 1551 e.v., J. van IJperenburg, 'De Interventiewet: nieuwe instrumenten in het kader van crisismanagement bij financiële ondernemingen', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012, p. 240 e.v. en A.J.A.D. van den Hurk en F.P.C. Strijbos, 'De Interventiewet en het Crisis Management Framework: hoe de afwikkeling van financiële ondernemingen dwingt tot aanpassing van het vermogensrecht', *NTBR* 2012, p. 346 e.v.

172. AFM en DNB beschikten reeds over de bevoegdheden tot het geven van een aanwijzing, tot benoeming van een stille curator, tot het uitvaardigen van een openbare waarschuwing en een last onder dwangsom. Verder kunnen zij een bestuurlijke boete opleggen of een vergunning wijzigen dan wel intrekken. Mocht gevaar voor eigen vermogen, solvabiliteit of liquiditeit van een financiële onderneming dreigen dan kon de DNB onder het 'oude' regime een aanwijzing geven, een stille curator benoemen en in uiterste instantie de rechtbank verzoeken een noodregeling uit te spreken.

- de overdracht van activa en/of passiva van de probleeminstelling aan een private partij plaatsvindt.

Voor het geval zich geen private koper aandient, kan ook aan een overbruggingsinstelling worden overgedragen, die de probleeminstelling of onderdelen daarvan tijdelijk overneemt.

Ook de minister van Financiën mag ingevolge de nieuwe regeling ingrijpen bij een financiële onderneming, zij het dat de grondslag van zijn bevoegdheid is dat ‘de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar komt door de situatie waarin een financiële onderneming met zetel in Nederland zich bevindt’. In dat geval kan hij ingrijpen in de besluitvorming bij financiële ondernemingen, zo nodig in afwijking van wettelijke bepalingen of statutaire voorschriften en in uiterste instantie kan hij een besluit nemen tot onteigening van vermogensbestanddelen van de betrokken onderneming of onteigening van de door de onderneming uitgegeven effecten, eveneens zo nodig in afwijking van wettelijke bepalingen of statutaire voorschriften. Hij dient wel steeds met DNB te overleggen en zijn besluit in samenwerking met de premier te nemen. Dit nieuwe instrumentarium is inmiddels op SNS toegepast.

Hoewel de totstandkoming van de Interventiewet in het algemeen wordt toegejuicht, worden ook wel kanttekeningen geplaatst. Zo:<sup>173</sup>

- wordt gewezen op enkele staatsnoodrechtelijke hiaten (onduidelijkheid over de vraag wanneer aan de toepassingsvoorwaarden is voldaan, uitoefening van de bevoegdheden is onvoldoende met democratische waarborgen omkleed);
- zou er onduidelijkheid zijn over de zogeheten ‘interventieladder’: komt toepassing van het instrumentarium van de Interventiewet alleen in beeld wanneer eerst de andere opties zijn beproefd of is dat geen voorwaarde?
- wordt de vraag gesteld of wel is voorzien in voldoende rechtsbescherming en of in dat verband wel voor de juiste rechterlijke colleges is gekozen;
- worden kanttekeningen geplaatst bij de inperking van bepaalde contractuele bevoegdheden en de consequenties voor wederpartijen;<sup>174</sup>
- wordt betoogd dat een betere afstemming op (en eigenlijk ook wijziging van) het privaatrecht nodig is, in het bijzonder waar het gaat om

173. Zie in dit verband S. Daniëls, ‘De staatsnoodrechtelijke hiaten van de Interventiewet’, *NJB* 2012, p. 1778 e.v., R. Wibier, *De kredietcrisis en het privaatrecht*, oratie Tilburg, 2010, Wibier 2011, Van IJperenburg 2012, Van den Hurk en Strijbos 2012 en B. Bierens, ‘De Interventiewet en de grenzen van het algemeen vermogensrecht’, *MvV* 2013, p. 303 e.v.

174. Het gaat hier juist om clausules en/of bevoegdheden die de wederpartij van een bank heeft bedongen voor het geval dat de bank in problemen zou komen. Het gebruik maken van deze rechten kan echter een eventuele interventie in de weg zetten.

de goederenrechtelijke inrichting van (de gevolgen van) toepassing van het Interventiewet-arsenaal.

16. *Baat het niet, het schaadt ook niet!?*

Het is al lang duidelijk dat op dit terrein geen sprake is van stilstand. Er is meer dan genoeg beweging. Regelgevers tonen een enorme daadkracht. Soms lijkt daarbij de gedachte te zijn: 'baat het niet, het schaadt ook niet'.<sup>175</sup> Dat is toch wel de vraag. In ieder geval klinken ook de nodige kritische geluiden. Zo wordt onder meer gewezen op:

- het niet oneindige absorptievermogen van de sector;
- het feit dat wel erg zwaar wordt geleund op het eventuele oplossend vermogen van regelgeving ('slecht weer verbieden maakt nog geen zomer'; wordt aldus werkelijk een cultuuromslag bij spelers in de markt gerealiseerd?);<sup>176</sup>
- het gevaar dat we teveel tegelijk aanpakken en daarmee niet alleen het risico lopen dat we niet kunnen bepalen welke maatregelen werkelijk effectief zijn, maar ook dat bepaalde maatregelen het nuttig effect van andere in de weg zitten of, nog erger, dat het totaalpakket als zodanig nieuwe risico's met zich brengt; zo zouden we nog voor onaangename verrassingen kunnen komen te staan;<sup>177</sup>
- de vraag of vergaande bevoegdheden wellicht niet beter tijdelijk verleend zouden worden;<sup>178</sup>
- het gevaar van blanco cheques voor toezichthouders en het gevaar van toezichthouders met teveel verschillende bevoegdheden in één hand;<sup>179</sup>
- de vraag of meer toezicht geen risico's met zich brengt en – belangrijker nog – of systeemtoezicht wel mogelijk is.<sup>180</sup>

17. *Heil verwachten van het aansprakelijkheidsrecht?*

Het verbaast niet dat in het kader van de financiële crises ook de mogelijke aansprakelijkheid van hoofdrolspelers in beeld komt. Daarbij gaat het niet alleen om de aansprakelijkheid van banken en hun bestuurders of commissarissen, maar onder meer ook om die van ratingbureaus, personen die hebben opgeroepen tot een *bank run* (mede naar aanleiding van DSB en Lakeman) en vooral ook toezichthouders. In het oog springt uiteraard de

175. Zie bijvoorbeeld Custers 2009, p. 176.

176. Zie Labeur en Wibier 2012, p. 1040.

177. Zie L.H. Hoogduin, 'Niet tegelijk aan teveel knoppen draaien voorkomt onaangename verrassingen', *Tijdschrift voor Toezicht* 2012, p. 70 e.v. Zie ook Grundmann-van de Krol 2010, p. 90.

178. Zo Custers 2009, p. 176.

179. Zie D. Doorenbos, 'Crisiswetgeving: blanco cheques voor toezichthouders', *NJB* 2008, p. 1856 e.v.

180. Zie F. Leeuw, 'Crisis en toezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, p. 65 e.v.

bepierking van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders de Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM)) die weliswaar vaker is bepleit, maar waarvoor in de doctrine toch geen meerderheid leek te zijn en waarvoor in ieder geval ook aanvankelijk geen politiek draagvlak bleek te bestaan. Dat er inmiddels in art. 1:25d Wft toch een vergaande beperking van aansprakelijkheid is gekomen, is eigenlijk alleen werkelijk te verklaren vanuit de angst voor de last van enorme aansprakelijkheden die in het licht van de financiële crisis en affaires in de bancaire sfeer opeens niet meer onmogelijk lijken.<sup>181</sup> Deze regeling heeft echter geen terugwerkende kracht, zodat financiële toezichthouders onder meer in het kader van DSB, Fortis en SNS wel degelijk nog in beeld (kunnen) komen. Omdat de rechtspraak met betrekking tot toezichthouders nogal terughoudend is, is overigens de vraag of zij in deze dossiers werkelijk veel te vrezen hebben.<sup>182</sup>

Verder heeft de (mogelijke) aansprakelijkheid van ratingbureaus de aandacht van ‘Europa’ getrokken: omdat ratingbureaus een rol zouden hebben gespeeld in de kredietcrisis met hun te gunstige beoordeling van pakketten van dubieuze leningen moeten zij zich niet alleen aan nadere regels gaan houden en worden zij onder toezicht gesteld,<sup>183</sup> maar zouden zij ook aansprakelijk gesteld moeten kunnen worden. Inmiddels is daartoe in een Verordening voorzien in een grondslag voor buiten-contractuele aansprakelijkheid jegens beleggers of uitgevende instellingen.<sup>184</sup> Opmerkelijk is de keuze voor een rechtstreekse grondslag in het Europese recht: in wezen is sprake van een specifieke Europese onrechtmatige daad. Of deze grondslag werkelijk veel soelaas zal bieden, is overigens de vraag omdat een

181. Zie nader hierna onder 43.

182. Spaarders van Icesave hebben dat inmiddels ook ondervonden. Hun claim tegen DNB is afgewezen door het Hof Amsterdam 24 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3014.

183. Zie in dit verband onder meer D. Coskun, ‘Toezicht op Credit Rating Agencies. De rol van CRAs bij financieringsbeslissingen’, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 611 e.v., B.A. Boersma, ‘Bijdrage van ratingbureaus aan ontstaan kredietcrisis onderzocht’, *Onderneming en Financiering* 2010, p. 4 e.v., A. Reisberg, ‘The role of credit rating agencies in the current financial crisis – an English legal perspective’, in N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem en N.S.G.J. Vermunt (red.), *De kredietcrisis*, Deventer: Kluwer 2010, p. 169 e.v., .C. Jaakke, ‘De regulering van en het toezicht op ratingbureaus in de Europese Unie’, *Onderneming en Financiering* 2012, p. 43 e.v. en J.J. Atema en S.M. Peek, ‘Creditrating agencies en civielrechtelijke aansprakelijkheid’, in D. Busch, C.J.M. Klaassen en T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*. Deventer: Kluwer 2013, p. 931 e.v.

184. Zie met verdere verwijzingen M. Haentjens en P.W. den Hollander, ‘Europees aansprakelijkheidsrecht door de voordeur: de aangescherpte verordening inzake ratingbureaus’, *WPNR* 6985 (2013), p. 623 e.v., Atema en Peek 2013, p. 963 e.v., M. van der Weide, ‘Nieuwe Europese regelgeving voor ratingbureaus inzake het beoordelen van uitgevende instellingen en securitisatie transacties’, *V&O* 2013, p. 215 e.v. en C. Jaakke, ‘Strengere regels voor ratingbureaus. Een vereenvoudiging van de aansprakelijkstelling onder Nederlands recht?’, *Ars Aequi* 2014, p. 190 e.v.

aantal aansprakelijkheidsrechtelijke vragen (causaal verband, schade) toch aan het nationale recht worden overgelaten en bovendien de Europese voorwaarden voor aansprakelijkheid niet licht mogen worden genomen (zo is bijvoorbeeld opzet of grove nalatigheid vereist).<sup>185</sup> Over de vraag of ratingbureaus, die gevraagd en ongevraagd beoordelingen geven en deze openbaar maken, aansprakelijk kunnen zijn voor eventuele onjuistheden, verschillen de meningen. Zij geven weliswaar geen garantie, maar net als bij accountants die op een vergelijkbare manier openbare verklaringen afgeven, zou aansprakelijkheid niet uitgesloten moeten zijn.

Ten onzent is nadrukkelijk aan de orde geweest de vraag of het oproepen tot een *bank run* zou moeten worden aangepakt en zo ja langs welke weg: via het strafrecht of juist langs privaatrechtelijke, lees: aansprakelijkheidsrechtelijke, weg? Aanleiding was de oproep op TV van Lakeman, als voorzitter van de Stichting Hypotheekleed, op 1 oktober 2009 aan het adres van rekeninghouders van DSB om massaal spaargeld op te nemen. Aan deze oproep is op grote schaal gevolg gegeven. Minder dan 3 weken later is DSB failliet verklaard. In haar onderzoeksrapport heeft de Commissie Scheltema daarna aanbevolen de mogelijkheden van strafbaarstelling van een oproep tot een *bank run* te overwegen.<sup>186</sup> De minister van Financiën heeft dat toegezegd en ook aangegeven daarbij de mogelijkheden van het privaatrecht te betrekken.<sup>187</sup> Juist omdat een bank geen gewone onderneming is, maar alleen kan functioneren indien er vertrouwen is in haar soliditeit, kan zij in groot gevaar komen wanneer personen deze opzettelijk in het openbaar in twijfel trekken en oproepen tot een *run* op de bank: omdat al snel, onder meer ook door de moderne media, een onbeheersbare situatie ontstaat en de stabiliteit van het financiële stelsel op het spel kan komen te staan, ziet de regering aanleiding voor een strafrechtelijke aanpak via specifiek op de problematiek toegesneden bepalingen.<sup>188</sup> Tegelijkertijd ziet de regering ook goede mogelijkheden om langs het aansprakelijkheidsrecht de schade te verhalen op degene die oproept tot een *bank run*. Van deze mogelijkheid zou daarom ook een preventieve werking uitgaan.<sup>189</sup> Tegelijkertijd is het uiteindelijk aan benadeelden of zij van deze optie gebruik willen maken. Ook in de doctrine wordt positief geoordeeld over de mogelijke rol van het aansprakelijkheidsrecht, waarbij dan vooral aan de afschrikwekkende werking wordt gedacht: claims zouden immers al snel tot de financiële ondergang van de aangesprokene leiden.<sup>190</sup> Op het zelfde spoor zit overigens de Nederlandse Orde van Advocaten: zij ziet

185. Haentjens en Den Hollander 2013, p. 624.

186. *Rapport van de Commissie van Onderzoek DSB Bank*, Den Haag juni 2010, p. 274.

187. *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32432, nr. 1.

188. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32432, nr. 12, p. 4-5.

189. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 32432, nr. 12, p. 3 en 5.

190. Zie N. Frenk, 'Aansprakelijkheid voor de oproep tot een 'bank run'', *VR* 2011, p. 1 e.v.

weinig heil in strafrechtelijke aanpak (symboolwetgeving), maar gelooft wel in het aansprakelijkheidsrecht.<sup>191</sup> Ik zeg niet dat strafrechtelijke aanpak eenvoudig is, maar ben in ieder geval minder optimistisch over de meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht op dit vlak: vanuit vergoedingsperspectief heeft het aansprakelijkheidsrecht weinig te bieden (wat valt er immers werkelijk te halen, heeft het werkelijk zin aan te sturen op het faillissement van degene die de oproep doet?), er zijn bovendien toch nog wel wat relevante hobbels te nemen (vragen van relativiteit en causaliteit bijvoorbeeld) en vanuit prikkelwerkingsperspectief lijkt het mij daarom verstandig er rekening mee te houden dat de afschrikwekkende werking ook beperkt zal zijn. Wanneer gelaedeerden zullen denken dat het weinig zin heeft ‘de dader’ aan te spreken, heeft deze toch weinig te vrezen?<sup>192</sup>

#### 18. *Fortis en SNS: ingrijpen vóór en na de Interventiewet*

In het rapport van de door de Ondernemingskamer (OK) benoemde deskundigen wordt duidelijk in beeld gebracht hoe het in de Fortis-zaak allemaal is gelopen.<sup>193</sup> Fortis maakt in 2007 bekend met een aantal anderen ABN AMRO over te nemen en kiest daarbij voor een vorm van financiering die afhankelijk is van marktomstandigheden. Vervolgens dalen de prijzen en wordt een aandelenemissie zinloos, komen er tegenvallers onder andere in verband met afwaarderingen op *subprime*, wordt Fortis door de mededingingsautoriteiten gedwongen tot verkoop van de Hollandse Bank Unie hetgeen minder oplevert dan verwacht, wordt de voorgenomen verkoop van activa door de marktomstandigheden steeds moeilijker en breekt ook nog eens de kredietcrisis uit. Het vertrouwen in Fortis komt onder druk te staan net als haar solvabiliteit en liquiditeit. Als beursgenoteerde onderneming moet zij koersgevoelige informatie bekend maken, maar dat geeft verdere aanleiding voor wantrouwen en uiteindelijk paniek. De Staat ziet zich vervolgens genooddaakt deze systeembank te redden en neemt op 3 oktober 2008 de Nederlandse activiteiten van Fortis en het belang in ABN AMRO over voor 16.8 miljard euro. De noodzaak daartoe weegt daarbij kennelijk zwaarder dan de vraag of wel de besluiten waren genomen door de, onder normale omstandigheden daartoe bevoegde, organen van de betrokken vennootschappen.

De affaire heeft aanleiding gegeven tot diverse procedures, in de eerste plaats gericht aan het adres van Fortis en aan haar bestuurders, maar ook

191. In een reactie op het voornemen tot strafbaarstelling. Zie preadvies van de Adviescommissie Strafrecht van de Orde van Advocaten van 1 april 2011.

192. B.-J. van Emmerik, D. Sjouke en J. Zents, ‘Kan ook de scheidsrechter een rode kaart krijgen?’, *NJB* 2010, p. 479 achten de kans klein dat Lakeman met succes zou kunnen worden aangesproken.

193. Zie de samenvatting van R. Wibier, ‘Algemene lessen voor financiële instellingen?’, *NJB* 2010, p. 2340 e.v.

aan dat van de Staat. Inmiddels heeft de OK in de enqueteprocedure geoordeeld dat sprake was van wanbeleid bij Fortis NV (thans Aegeas NV)<sup>194</sup> en het besluit tot decharge van het bestuur vernietigd. Het tegen deze beslissing gerichte cassatieberoep is door de Hoge Raad verworpen.<sup>195</sup> De OK neemt in aanmerking dat Fortis een systeembank is, zodat haar bestuurders ook het algemeen belang bij instandhouding in het beleid en de besluitvorming dienden te betrekken. Een systeembank heeft een bijzondere zorgplicht. In verband met het gevaar van de *hindsight bias* merkt de OK niet alleen op dat de onderzoekers zich daarvan steeds rekenschap hebben gegeven, maar wijst zij erop dat wat voor de één een *hindsight* inzicht is voor de ander, gelet op zijn bijzondere verantwoordelijkheid tot op zekere hoogte een *foresight* inzicht behoort te zijn.<sup>196</sup> Het oordeel van de OK kan goed van pas komen in procedures tegen Fortis-bestuurders. In een eerste zaak lijkt in eerste instantie succes geboekt.<sup>197</sup> In procedures van gedupeerde beleggers en de VEB gericht tegen de Staat hebben zowel de Rb. Amsterdam, in twee zaken, als het Hof Den Haag beslist dat de reddingsactie door de Staat niet onrechtmatig was.<sup>198</sup> De rechtbank overweegt daarbij in de ene zaak onder meer dat onorthodoxe maatregelen ter voorkoming van deconfiture onvermijdelijk waren, dat de Staat geen misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW) heeft gemaakt en dat met de 16.8 miljard euro evenmin een te lage prijs is betaald. In de andere zaak verwerpt de rechtbank de stelling dat het besluit van Fortis NV tot verkoop van vrijwel de gehele onderneming nietig is wegens schending van diverse besluitvormingsregels uit Boek 2. In dit verband honoreert de rechtbank een beroep van Fortis NV en de Staat op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 lid 2 BW). De wijze van verkrijging door de Staat is evenmin in strijd met art. 3:40 BW en derhalve niet nietig. In dit verband was de stelling overigens dat de Staat zijn aan het burgerlijk recht ontleende bevoegdheid tot verwerving zou hebben uitgeoefend in strijd met regels van publiekrecht.<sup>199</sup> Kern van de redenering was daarbij kennelijk dat Fortis ook gered had kunnen worden door middel van de in de Wft voorziene instrumenten. Naar het oordeel van de rechtbank boden die

194. OK Hof Amsterdam 5 april 2012, *JOR* 2013, 41 (C.D.J. Bulten).

195. HR 6 december 2013, *RvdW* 2014, 1.

196. De *JOR*-noot van Bulten is kritisch op dit punt.

197. Rb. Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012, 243 (J.H.M. Willems). Willems wijst er in zijn noot op dat niet alleen nog het verdere verloop van de procedure moet worden afge wacht, maar ook dat nog lastige schadevergoedingsrechtelijke kwesties aan de orde komen. En uiteindelijk is de vraag natuurlijk in hoeverre de aangesprokenen daadwerkelijk tot vergoeding in staat zullen zijn.

198. Hof Den Haag 23 november 2010, *JOR* 2011, 49 (P.J. van der Korst) en Rb. Amsterdam 18 mei 2011, *JOR* 2011, 320 en 321 (B.P.M. van Ravels).

199. Zie de noot van Van Ravels die aangeeft dat eisers daarmee lijken aan te sluiten bij de doorkruisingsleer die onder meer in het Windmill-arrest (HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393 (MS)) is ontwikkeld.

onvoldoende soelaas: voor het redden van Fortis van de ondergang waren drastischer maatregelen noodzakelijk dan waarin de Wft destijds voorzag. De wijze van verkrijging is ook niet onrechtmatig jegens de beleggers: de Staat kon niet anders dan overgaan tot de genomen maatregelen in welk kader hij een redelijke prijs voor de door hem verworven aandelen heeft betaald. Van schending van art. 1 Eerste Protocol EVRM acht de rechtbank geen sprake en evenmin van een compensatieplicht op basis van het *égalité*-beginsel. De algemene lijn is terughoudend en volgens annotator Van Ravels terecht: honorering van deze claim zou erop neerkomen dat teuregestelde beleggers hun nadeel zouden kunnen afwentelen op de Staat die dit weer zou doorbelasten aan de belastingbetalers of bezuinigingen zou moeten realiseren.<sup>200</sup>

Duidelijk is dat er verschillende uiteenlopende procedures tegen diverse betrokkenen zijn gevoerd en ook nog lopen. Bovendien kunnen er nog nieuwe worden gestart, zodat dit concrete dossier in ieder geval voorlopig nog niet gesloten is.

Dat geldt overigens ook voor de SNS-zaak waarin problemen bij de vastgoedtak van SNS de oorsprong vormen. Per 1 februari 2013 heeft de Staat op basis van de Interventiewet bankverzekeraar SNS Reaal NV (SNS) genationaliseerd en daarmee voor een faillissement behoed.<sup>201</sup> Beschikbare alternatieven waren niet acceptabel, omdat de Staat daarin de grootste risico's zou dragen maar weinig zeggenschap zou hebben.<sup>202</sup> Om de financiële stabiliteit te waarborgen heeft de minister van Financiën daarom het uiterste middel van de nationalisering ingezet en vervolgens steun verleend. De kapitaalverschaffers van SNS hebben hieraan moeten meebetalen: behalve de aandeelhouders zijn ook de achtergestelde schulden (achtergestelde crediteuren) onteigend. Dat heeft voor 1 miljard euro bijgedragen aan herkapitalisatie. Verdere steun bedraagt 3.7 miljard euro (onder andere bestaande uit kapitaalsinjectie en afschrijving van eerdere steun). Daarnaast heeft de Staat nog 1.1 miljard euro aan leningen verschaft en 5 miljard euro aan garanties gegeven. In 2014 wordt ten behoeve van de schatkist een eenmalige resolutieuitkering aan de Nederlandse banken opgelegd van 1 miljard euro. Deze vindt haar rechtvaardiging daarin dat deze banken bij een faillissement van SNS sterk negatieve gevolgen zouden ondervinden (zij zouden immers via het depositogarantiestelsel mee-

200. Noot onder 3.

201. *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33532, nr. 1 waar de minister van Financiën ook aangeeft dat hij streeft naar een Europees resolutiemechanisme waarin de bankensector eerst zelf gaat betalen wanneer de bijdrage van de private crediteuren bij een instelling in problemen ontoereikend is. Verder wil hij inzetten op *living wills* waarin financiële instellingen zelf vooraf beschrijven welke maatregelen zij, DNB en de minister kunnen nemen als de onderneming in onomkeerbare problemen komt.

202. Dat de minister van Financiën en niet DNB ingrijpt, heeft te maken met het feit dat de overdrachtsregeling niet ten aanzien van de moederverenootschap kan worden toegepast.

betalen). Rechtsbescherming is gelegen in de mogelijkheid beroep in te stellen tegen het besluit bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ex art. 6:6 en 6:7 Wft). Verder biedt art. 6:8 Wft een recht op schadeloosstelling; het gaat daarbij om volledige vergoeding van de schade die de rechthebbende rechtstreeks en noodzakelijk door het verlies van zijn vermogensbestanddeel of effect lijdt. Deze werkelijke waarde wordt door de OK bepaald, nadat de minister een aanbod tot schadeloosstelling heeft gedaan. Omdat de minister er in dit specifieke geval van uitgaat dat SNS anders failliet zou zijn gegaan, is hij van oordeel dat de schadeloosstelling 0 euro per onteigend effect of vermogensbestanddeel moet bedragen. Dat aanbod heeft hij vervolgens gedaan en daarna de OK verzocht de schadeloosstelling overeenkomstig het aanbod vast te stellen. Dat heeft zij echter niet gedaan: volgens de OK heeft de minister het aanbod van 0 euro onvoldoende toegelicht en is aannemelijk dat daarmee geen volledige vergoeding van de geleden schade plaatsvindt. Voordat zij een hogere schadeloosstelling zal vaststellen, wenst zij eerst deskundige voorlichting.<sup>203</sup>

De eerste toepassing van de Interventiewet is in ieder geval een feit.<sup>204</sup> Het onteigeningsbesluit is meteen aangevochten bij de Afdeling Bestuursrechtspraak door onder meer de VEB en een aantal natuurlijke en rechtspersonen. Kern van het beroep is dat de minister van Financiën (nog) geen gebruik van zijn bevoegdheid mocht maken. De Afdeling heeft de tegen het besluit ingestelde beroepen grotendeels ongegrond verklaard. Slechts de onteigening van mogelijke toekomstige schadeclaims is door de Afdeling vernietigd.<sup>205</sup> Uit de uitspraak blijkt dat het geen vereiste is dat eerst minder vergaande maatregelen, zoals die waartoe DNB bevoegd is, vergeefs zijn toegepast. Het is evenmin nodig te wachten op een *bank run*. De Afdeling concludeert dat de minister zich niet ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat SNS een systeemrelevante instelling is en dat de stabiliteit van het financiële stelsel ernstig en onmiddellijk in gevaar was. De minister heeft de door SNS uitgegeven aandelen, achtergestelde leningen en bepaalde verplichtingen die voor SNS konden voortvloeien uit aansprakelijkstelling door houders van die aandelen en achtergestelde leningen onteigend. In beginsel kunnen alle vermogensbestanddelen, zo-

203. OK Hof Amsterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1966. Cassatieberoep is ingesteld.

204. Zie H. Hendriks, 'De eerste interventie van Nederland', *V&O* 2013, p. 42 e.v., H. Koster, 'De praktische gang van zaken rondom SNS', *Ondernemingsrecht* 2013, p. 189 e.v. en J.A.M.A. Sluysmans en M.J.W. Timmer, 'De Interventiewet en de SNS-onteyning', *MvV* 2013, p. 214 e.v. Zie inmiddels het rapport van die Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal (Hoekstra/Frijns), Balans: Amsterdam 2014 waarin wordt geconcludeerd dat de nationalisatie goed te verdedigen is.

205. Afdeling Bestuursrechtspraak 25 februari 2013, *JOR* 2013, 140 (B.P.M. van Ravels en E.P.M. Joosen), *AB* 2013, 146 (O.J.D.M.L. Jansen), *Ondernemingsrecht* 2013/38 (M. Scheltema). Zie verder M. de Jongh en A. Schild, 'Supersnelrecht bij de Afdeling', *NJB* 2013, p. 736 e.v.

wel activa als passiva, onteigend worden.<sup>206</sup> De minister beschikt vervolgens over beleidsvrijheid. Hij mag bij het kiezen tussen kapitaalinjecties of onteigening laten meewegen welke oplossing voor de belastingbetaler de minste kosten met zich brengt. Met dit kostenaspect mag hij ook rekening houden wanneer hij staat voor de keuze welke vermogensbestanddelen of effecten worden onteigend. Van schending van art. 1 Eerste Protocol EVRM is volgens de Afdeling geen sprake.

Enkel de onteigening van verplichtingen en aansprakelijkheden van SNS jegens de houders van de onteigende aandelen en achtergestelde vorderingen vindt geen genade bij de Afdeling: de minister wilde voorkomen dat zij verhaal zouden halen op SNS omdat deze onjuiste voorlichting zou hebben gegeven of anderszins onrechtmatig jegens hen zou hebben gehandeld. Alsnog verhaal op SNS zou dan in wezen ten koste van de Staat geschieden. Hier grijpt de Afdeling in omdat het hier ten eerste nu juist niet om achtergestelde vorderingen gaat, doch ingeval van faillissement om concurrente vorderingen en die wilde de minister juist buiten de onteigening houden, en omdat de minister ten tweede dan binnen die categorie onderscheid zou maken. In dit verband is de kritiek dat er voor een onderscheid best wat te zeggen valt en dat daarom de vernietiging van het besluit op dit punt ongelukkig is: waarom zouden bijvoorbeeld onteigende aandeelhouders die wellicht een claim zouden kunnen baseren op wanbeleid alsnog een claim op het geredde SNS geldend moeten kunnen maken ten koste van de Staat (en de belastingbetaler), terwijl zij, anders dan bijvoorbeeld een particulier aan wie participaties zijn verkocht,<sup>207</sup> invloed op het reilen en zeilen van SNS hadden kunnen uitoefenen? Het onteigenen van deze vorderingen van aandeelhouders is, zo bekeken, juist.<sup>208</sup>

Getroffenen staat nog altijd een aantal opties open. Zo kunnen zij, met uiteenlopende kansen op succes, eventueel:<sup>209</sup>

- een claim aan het adres van DNB richten in verband met het optreden van DNB in januari 2013, kort voor het uiteindelijke ingrijpen;
- een enquête bij de OK entameren zij het dat de beleggers door de onteigening geen aandeelhouder meer zijn;
- een gang naar de gewone rechter maken nu de Afdeling heeft bepaald dat eventuele schadeclaims op SNS niet mochten worden onteigend;

206. De juridische constructie van het ‘ontegenen van schulden’ staat wel ver af van de normale wereld aldus ook Scheltema in zijn *JOR*-noot onder 3.3 en 3.6 en De Jongh en Schild 2013, p. 740.

207. Houders van SNS Participatie Certificaten serie 3, die bij aankoop onvoldoende op de hoogte waren van kenmerken en risico’s van deze certificaten, hebben inmiddels overigens een compensatievoorstel van SNS Reaal ontvangen. Zie *Kamerstukken II*, 2012-2013, 22552, nr. 29.

208. Zie de kritiek van M. Scheltema in zijn *JOR*-noot onder 3.4.

209. Zie onder meer P.J. Wattel, ‘Legitimate expectations’, *NJB* 2013, p. 347, De Jongh en Schild 2013, p. 740 e.v. en M.J. van Pomeroy, ‘Rechtsbescherming tegen de onteigening van SNS – een juridische striptease’, *Bb* 2013, p. 78 e.v.

- claims richten aan het adres van bestuurders, commissarissen<sup>210</sup> of accountant;
- de gang naar Straatsburg maken<sup>211</sup> met als mogelijke gronden schending van art. 6 EVRM ((te) korte procedure, te weinig mogelijkheden reëel verweer te voeren tegen het besluit) en/of van art. 1 Eerste Protocol EVRM, waarbij in dat laatste verband geldt dat de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in een vergelijkbaar geval niet al te veel hoop geeft.<sup>212</sup>

De Interventiewet heeft in ieder geval zijn waarde bewezen.<sup>213</sup> Wel is duidelijk geworden dat de minister een aantal bevoegdheden ontbeert, zodat hij zich genoodzaakt zag het *ultimum remedium* in te zetten. Ook op andere punten, wellicht ook op het punt van rechtsbescherming, kan de Interventiewet nog worden verbeterd.<sup>214</sup> Daarbij komt overigens ook ‘Europa’ weer in beeld: we zijn in afwachting van een Europese Richtlijn Herstel en Afwikkeling die ruimere bevoegdheden lijkt te gaan opleveren dan de huidige Interventiewet biedt.<sup>215</sup>

## 19. EHEC

In het kader van dit preadvies misstaat enige aandacht voor de voedselveiligheid niet. Illustratief is de EHEC-uitbraak in Duitsland in 2011 waardoor een paar duizend mensen zijn getroffen van wie enkele tientallen dodelijk.<sup>216</sup> Nadat was gemeld dat de getroffen personen meer frequent rauwe tomaten, komkommers en groene sla hadden gegeten, werd daarop een aanbeveling aan het publiek gedaan dit bij wijze van voorzorg niet meer te doen. Daarna werd een link tussen besmette komkommers en Spanje gelegd, werd vervolgens een persbericht uitgebracht waarin twee Spaanse bedrijven verantwoordelijk werden gehouden, zijn hun activiteiten stilge-

210. Wattel 2013 ziet de opvoedkundige waarde van dergelijke claims in deze zaak.

211. In de gewone media is gesuggereerd dat de Stichting Obligatiehouders SNS inderdaad een zaak tegen de Staat aanhangig zou maken.

212. EHRM 10 juli 2012, nr. 34940/10 Grainger e.a. vs. Verenigd Koninkrijk naar aanleiding van de nationalisatie van Northern Rock.

213. V. Sagaert, ‘Eigendomsbescherming in de financiële crisis: gelijke smart is halve smart’, *NTBR* 2013, p. 169 ziet de onteigening als een buitengerechtigde insolventieprocedure waarbij de doorstart in de schoot van de overheid gebeurt en deze de gelijkheid tussen de verschillende schuldeisers moet organiseren.

214. Zie bijvoorbeeld Koster 2013 alsmede Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal (Hoekstra/Frijns) 2014, p. 331 e.v. die onder meer aansluiting bij het komende Europese regime bepleit, maar anders dan DNB geen uitbreiding in de bevoegdheid tot ingrijpen naar het geval van ‘tekenen van’ gevaar voor de stabiliteit van het stelsel voorstaat.

215. Zie over de concept-richtlijn Hoelblal en Wiercx 2013.

216. Zie uitvoerig B.M.J. van der Meulen, A. Szajkowska, R. Spirovska Vaskoska en P. Belmar von Kretschmann, ‘Verantwoordelijkheid voor voedselveiligheid’, *O&A* 2012, p. 68 e.v.

legd, producten teruggehaald en komkommers vernietigd. Later bleek de oorzaak niet in Spanje te liggen en rees een verdenking tegen kiemgroenten van een tuinbouwbedrijf in Uelsen. Uiteindelijk, nadat ook in Frankrijk een aantal mensen ziek werd, bleek besmet zaad afkomstig uit Egypte de oorzaak. Daarop werd de import van deze zaden uit Egypte verboden door de Europese Commissie en werd 210 miljoen euro beschikbaar gesteld voor tijdelijke uitzonderlijke steun aan producenten van producten ten aanzien waarvan was geadviseerd deze niet te consumeren en die uit de markt waren genomen of verloren waren gegaan. In deze zaak is een machinerie in werking gezien die we te danken hebben aan onder meer de BSE-crisis in de jaren '90 van de vorige eeuw. Daarna werd in EU-verband een herstructurering van het levensmiddelenrecht gerealiseerd met de 'Algemene levensmiddelenverordening'.<sup>217</sup> Bedoeling was het scheppen van een juridische infrastructuur die consumenten verzekert van een hoog niveau van bescherming van leven en gezondheid.<sup>218</sup> De verordening legt een zorgplicht met betrekking tot het voldoen aan (en het controleren op de naleving) de voorschriften van de levensmiddelenwetgeving in alle stadia van de productie, verwerking en distributie op de exploitant van een levensmiddelenbedrijf. De lidstaten zijn verantwoordelijk voor de handhaving.<sup>219</sup> De zorgplicht is uitgewerkt in voorschriften die veiligheidsproblemen beogen te voorkomen én in voorschriften die zijn gericht op het bestrijden van eventuele problemen mochten zij zich voordoen. In het kader van de preventieve regels geldt onder meer een voorafgaande toelatingseis van grondstoffen die geen veilig gebruik in levensmiddelen kennen, zoals synthetische additieven en genetische gemodificeerde organismen. Voorwaarde voor toelating is wetenschappelijk bewijs van veiligheid. Verder zijn er voedselveiligheidslimieten die in getallen vastleggen beneden welke grenzen de aanwezigheid van bepaalde micro-organismen moet blijven. En dan is er nog de algemene veiligheidsnorm dat levensmiddelen niet op de markt mogen worden gebracht wanneer zij onveilig zijn. Levensmiddelenondernemingen moeten zich in dit verband op de hoogte houden van relevante ontwikkelingen in wetenschappelijke inzichten. Gaat het mis dan rust op ondernemingen de verplichting onveilige producten uit de markt te nemen en van consumenten terug te roepen. Daartoe moeten zij een registratie bijhouden van ondernemingen van welke leveringen zijn ontvangen en aan welke leveringen zijn gedaan. De lidstaten moeten toezicht houden en over bestuursdwanginstrumenten beschikken. In Nederland gaat het om

217. Verordening (EG) 178/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2002, *PbEG* L 31/1-24 van 1 februari 2002.

218. Van der Meulen e.a. 2012, p. 71 e.v.

219. Opmerkelijk is hier dat na de crises in de jaren '90 voor een andere vorm van regulering is gekozen waarbij de verantwoordelijkheid minder bij de overheid en meer bij de voedingsindustrie is komen te liggen. Zie ook T. Havinga, 'Draagt aansprakelijkheidsrecht bij aan de voedselveiligheid?', *Recht der Werkelijkheid* 2010, p. 6 e.v.

de Nederlandse- Voedsel en Warenautoriteit (NVWA). Op Europees niveau wordt een systeem van snelle waarschuwingen in stand gehouden waarin de lidstaten, de Europese Commissie en de Europese Voedselveiligheidsautoriteit (EFSA) deelnemen. Indien een incident niet kan worden opgelost door de lidstaat die het betreft kan de Europese Commissie crisismaatregelen nemen waaronder het afkondigen van een handelsverbod. Blijft de Europese Commissie ondanks een verzoek van een lidstaat nalatig dan mogen de lidstaten zelf maatregelen nemen en onder meer hun grenzen voor bepaalde producten sluiten. Al deze instrumenten zijn in de EHEC-crisis toegepast: autoriteiten hebben het publiek gewaarschuwd, de lidstaten, EFSA en de Europese Commissie hebben elkaar en ook het publiek gewaarschuwd en de grenzen van de EU zijn uiteindelijk gesloten. Tijdens de affaire zijn onschuldigen aangewezen als veroorzaker, zodat de vraag rijst of zij in communautair of in nationaal verband recht hebben op vergoeding bijvoorbeeld op basis van onrechtmatige daad of enige vorm van nadeelscompensatie.<sup>220</sup> In dit geval is de uitbraak niet voorkomen,<sup>221</sup> maar heeft de machinerie van het repressieve levensmiddelenrecht gewerkt (uiteindelijk is de bron aangewezen en zijn maatregelen genomen). Tegelijkertijd is niet iedereen ongeschonden uit de strijd gekomen. Behalve de getroffen consumenten gaat het om de groente- en fruitsector en in het bijzonder om de bedrijven die ten onrechte als mogelijke oorzaak werden genoemd. De oorzaak van ieders schade varieert: bij de een is dat onvoldoende hygiëne, bij de ander een onjuiste waarschuwing, bij een derde is dat een juiste waarschuwing. Hoewel in dit geval een steunmaatregel is getroffen, draagt de sector die de primaire verantwoordelijkheid voor voedselveiligheid heeft in principe ook het risico.

Dit voorbeeld illustreert niet alleen dat een na een eerdere crisis gekozen nieuwe reguleringstrategie haar vruchten lijkt af te werpen, maar ook dat er bij daadkrachtig optreden slachtoffers vallen: waar gehakt wordt, vallen spaanders.

## *20. Terrorisme, verzekering en aansprakelijkheid*

'9/11' heeft niet alleen een enorme invloed gehad op het veiligheidsdenken en het veiligheidsbeleid<sup>222</sup> – ook in ons land is er de dreiging van een terroristische aanslag – maar ook op de private verzekeringsmarkt. Bij terroristische aanslagen van een omvang als in New York worden de grenzen

220. Van der Meulen e.a. 2012, p. 76.

221. Zie overigens Havinga 2010 over de vraag of het aansprakelijkheidsrecht prikkels geeft aan voedselproducenten. Haar onderzoek stemt tamelijk somber: er zijn nauwelijks of geen zaken, voedselproducenten voelen ook geen druk van het aansprakelijkheidsrecht. Barrières zouden kunnen zijn: de geringe schades die veelal in het geding zijn, causaliteitsproblemen, lange incubatietijd.

222. Zie ook hierna onder 30.

van de verzekerbaarheid overschreden.<sup>223</sup> Dat heeft alles te maken met het catastrofale en cumulatieve karakter van de schade. Na ‘9/11’ viel achterliggende herverzekeringcapaciteit weg. Het terrorismerisico dat tot dan in ons land gewoon in schade- en levensverzekeringen werd meeverzekerd, zou daarmee ineens voor rekening van de primaire verzekeraars komen. Ongelimeerde dekking van mogelijk catastrofale risico’s zou de solvabiliteit van deze verzekeraars ernstig in gevaar brengen en zelfs tot een deconfiture kunnen leiden. De overheid heeft vervolgens constructief meegedacht over een oplossing voor het verzekeringsprobleem en in 2003 mede aan de wieg gestaan van een speciale herverzekeringsmaatschappij: de Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden NV (NHT).<sup>224</sup> In deze constructie worden verzekeraars beschermd, maar blijven gedupeerden van terrorisme niet in de kou staan.<sup>225</sup>

Vanwege de onmogelijkheid om het risico van terrorisme, in die gevallen waarin de verzekering de gevolgen van terrorisme niet uitsluit, in volle omvang te dekken, is in onderling overleg tussen verzekeraars en overheid een constructie gekozen waarin dit risico in ieder geval gedeeltelijk kan worden gedekt. De gezamenlijke verzekeraars hebben de NHT opgericht. Deze heeft per kalenderjaar, maar dat kan van jaar tot jaar worden aangepast, 1 miljard euro beschikbaar. Van dat miljard komt 400 miljoen, naar rato van hun bruto premie-inkomens voor rekening van deelnemende verzekeraars, 550 miljoen voor rekening van internationale herverzekeraars en 50 miljoen voor rekening van de overheid. Het gaat hier om een ‘getrapt systeem’ van *layers*: pas als de eerste laag van 400 miljoen niet toereikend blijkt, komt de tweede in beeld enzovoort. Voor de dekking bij de herverzekeraars en de overheid zijn de deelnemende verzekeraars premies verschuldigd. Zij hebben vanaf 15 augustus 2013 in hun polissen bepalingen opgenomen die de dekking, voor zover deze het risico van terrorisme omvat, beperken tot bedragen die zij ter zake van de door hen ingediende aanspraken op uitkering van de NHT ontvangen. Zo wordt gerealiseerd dat de dekking die de primaire verzekeraar biedt gelijk loopt met de beperkte dekking die de NHT-pool hem biedt. Verzekeraars die in hun polissen een *en bloc*-clausule hebben opgenomen kunnen de polisvoorwaarden van lopende verzekeringen die het terrorismerisico omvatten, per de in de polis aangegeven datum aanpassen. Onder meer bij levensverzekeringen kan dat

223. Zie in dit verband J. Bjelic, ‘Het terrorismerisico en de terrorismepool NHT’, in W.H. van Boom en S.D. Lindenberg (red.), *Politiek Privaatrecht*, Den Haag, Bju 2013, p. 224 e.v. over het verschil tussen ‘klein molest’ en ‘groot molest’ (onder meer oorlog) en de gelijkenis tussen het terrorismerisico en groot molest-risico’s.

224. Zie in dit verband V.C. Ammerlaan en W.H. van Boom, ‘De Nederlandsche Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden en de rol van de overheid bij het vergoeden van terreurschade’, *NJB* 2003, p. 2330 e.v., J.H. Wansink, ‘De Nederlandse oplossing voor het verzekeren van terrorismeschade en het WAM-risico’, *AV&S* 2004, p. 29 e.v. en Bjelic 2013, p. 223 e.v.

225. Zie ook N. Frenk, ‘Utopische wetgeving en verzekerbaarheid’, *AV&S* 2006, p. 114 e.v.

niet. Mede daarom zijn bij wet van 6 november 2003 in de Noodwet financieel verkeer de art. 18b-d opgenomen.<sup>226</sup> Deze regeling maakt de minister van Financiën bevoegd om te bepalen dat verzekeraars die uitkeringen moeten doen naar aanleiding van een of meer terroristische handelingen door hem vast te stellen kortingen toepassen dan wel niet gehouden zijn tot uitkeringen die een door hem te bepalen bedrag voor alle verzekeringsondernemingen gezamenlijk overschrijden.

Deze publiek-private samenwerking heeft ervoor gezorgd dat de Nederlandse bevolking toch dekking voor eventuele terreurschade heeft. Hoewel het uiteindelijke bedrag waarvoor de overheid deelneemt beperkt is, lijkt haar rol bij de oprichting van groot belang.<sup>227</sup> Bovendien ontvangt zij premie voor haar 'steun'. Opmerking verdient nog dat in de parlementaire stukken wordt aangegeven dat met deze regeling de eventuele druk op de WTS, in geval van een terroristische aanslag, wordt verminderd.<sup>228</sup> Dat klopt uiteraard omdat de WTS niet in beeld is in geval van verzekerbare schade.<sup>229</sup>

De problematiek van de verzekerbaarheid van het terrorismerisico heeft ook nog tot een ander wettelijk ingrijpen geleid.<sup>230</sup> Het gaat dan specifiek om de beperkte verzekerbaarheid van dit risico indien dit zich kan verwezenlijken als gevolg van een tekortschieten in beveiligingstaken van luchthavenexploitanten en –vervoerders. Deze taken rusten sinds 1 april 2003 op hen en niet langer op de overheid. '9/11' heeft echter duidelijk gemaakt waartoe een eventuele tekortkoming in veiligheidscontroles kan leiden. Het aansprakelijkheidsrisico dat luchthavenexploitanten en –vervoerders lopen is zodanig dat de minister van justitie het wenselijk heeft geacht gebruik te maken van art. 6:110 BW en hun aansprakelijkheid bij terrorisme voor een periode van 10 jaar heeft beperkt tot een bedrag waarvoor zij zich redelijkerwijs kunnen verzekeren.<sup>231</sup> Van deze limiteringsmogelijkheid wordt zelden gebruik gemaakt.

## 21. *Er is misschien meer*

Naar mijn idee verdient de problematiek van de nieuwe en onzekere risico's het aangestipt te worden, omdat nieuwe fenomenen, nieuwe technologieën bijvoorbeeld, in eerste instantie soms enkel heil lijken te brengen maar latere rampen kunnen blijken. Het asbestdossier is hier illustratief:

226. *Stb.* 2003, 465.

227. Zie Bjelic 2013, p. 227 e.v. voor de verklaring van de keuze voor dit model en speculaties omtrent de vraag waarom deze bij andere verzekeringsproblemen niet gekozen is.

228. *Kamerstukken II*, 2002-1103, 28668, nr. 1, p. 1.

229. Zie hiervoor 9 en hierna onder 37.

230. Frenk 2006, p. 114 e.v.

231. Zie art. 1 lid 1 besluit van 8 juli 2004, houdende vaststelling van een tijdelijke algemene maatregel van bestuur als bedoeld in art. 110 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 2004, 358.

pas na tientallen jaren waarin asbest veelvuldig werd gebruikt, verwerkt en toegepast heeft de overheid drastische maatregelen genomen. Velen zijn daarvoor maar ook nog daarna getroffen door asbestgerelateerde ziekten (asbestose, longkanker, mesothelioom); producenten, werkgevers en ook de overheid zijn met wisselend succes aansprakelijk gesteld en de overheid heeft zich zelfs genoodzaakt gezien met een speciale uitkeringsregeling te komen.<sup>232</sup> Dit voorbeeld geeft aan dat het om een lastige problematiek gaat. Zo is de vraag of de normale systematiek zich wel leent voor toepassing op nieuwe risico's. In de sfeer van (potentiële) laedentes wordt dat al snel in twijfel getrokken, omdat nieuwe risico's immers onbekende risico's zijn en men zich moeilijk kan wapenen tegen wat onbekend is. Onder meer de asbestproblematiek wijst echter uit dat risico's die als nieuw in de media worden gepresenteerd soms in bepaalde kringen al langer bekend zijn, zij het dat ze niet steeds voldoende serieus worden genomen. Soms, zoals in het asbestdossier, hadden zij eerder in actie moeten komen en is aansprakelijkheid voor hen aan de orde.

Lastiger zijn de gevallen waarin de situatie minder duidelijk is en de risico's onzeker: er wordt wel gespeculeerd over mogelijke schadelijke effecten of over een mogelijk verband tussen een bepaald product of een bepaalde techniek, maar wetenschappelijk is in meer of mindere mate sprake van onzekerheid. In dit verband wordt nanotechnologie vaak als voorbeeld aangehaald.<sup>233</sup> Net als ooit asbest gaat het hier over een zeer veel belovend fenomeen dat betekenis heeft voor consumentenproducten, medicatie en farmacie, kunstmatige organen, voedsel en nog heel veel meer. Er zijn echter aanwijzingen dat sommige nanodeeltjes hetzelfde effect op het menselijk lichaam zouden kunnen hebben als asbest of fijn stof. Het recht staat dan voor de vraag welke onzekerheid nog acceptabel is, welke verplichtingen er op bedrijfsleven en industrie rusten om de onzekerheid te doen verminderen en, uiteraard, wat de consequenties, ook in termen van aansprakelijkheid zijn, wanneer uiteindelijk toch blijkt dat er wel degelijk gevaren aan de technologie verbonden zijn. In dit verband komt het voorzorgsbeginsel in beeld, maar ook dat is niet zonder problemen, juist omdat niet werkelijk wordt aangehangen dat we moeten afzien van een activiteit, technologie of product wanneer voldoende wetenschappelijke kennis over de veiligheid ontbreekt.<sup>234</sup> In de regel en dat lijkt ook overheidsbeleid, gaan we uit van een benadering van het voorzorgsbeginsel die minder streng en rigide is. De vraag is en blijft dan waartoe het voorzorgsbeginsel precies strekt en wat de effectiviteit daarvan is.

232. Ik volsta met verwijzing naar E. de Kezel, *Asbest, gezondheid en veiligheid. Ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. Utrecht, Antwerpen: Intersentia 2013 en R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering*, diss. Rotterdam, Den Haag: Bju 2012.

233. Zie E. de Jong, 'Tussen fabel en feit', *NJB* 2011, p. 2836 e.v.

234. De Jong 2011, p. 2840.

Behalve op nanotechnologie kan gewezen worden op een fenomeen dat recentelijk ook ten onzent voor enige maatschappelijke onrust heeft gezorgd onder meer in Barendrecht, nadrukkelijk ook vanwege gevreesde effecten en dat wellicht zelfs een rampscenario vormt: het opslaan van CO<sub>2</sub> in de bodem. Het opslaan van CO<sub>2</sub> zou een veelbelovende techniek zijn in de strijd tegen klimaatverandering. Tegelijkertijd is er onduidelijkheid over de veiligheidsrisico's vooral ook die op langere termijn.<sup>235</sup> Juist de mogelijke langetermijneffecten en de onzekerheden met betrekking tot de vraag of schade zal optreden en zo ja welke omvang zij zal hebben vragen om aandacht. In dit verband komen onder meer veiligheidsregulering, verplichte financiële zekerheidsstelling of verzekering en specifieke aansprakelijkheidsregels in beeld.<sup>236</sup> Sinds 2009 is er een EU-richtlijn, die een juridisch kader biedt voor milieuvriendelijke opslag van CO<sub>2</sub> maar tegelijkertijd ook negatieve effecten voor de volksgezondheid en op het milieu wil voorkomen onder meer met regels over aansprakelijkheid voor, kort gezegd, milieuschade en met betrekking tot de verantwoordelijkheden na afsluiting van de opslaglocatie.<sup>237</sup> In dat laatste kader komt de overheid in beeld die echter niet alle aansprakelijkheidsrisico's overneemt. Het nationale recht is bepalend voor de aansprakelijkheid voor schade die niet onder de richtlijn valt. In dit verband biedt behalve art. 6:162 BW in principe ook een aantal kwalitatieve aansprakelijkheden uit het huidige recht mogelijkheden (art. 6:174, 175, 177 BW).<sup>238</sup> Tot nu toe zou er overigens, hoe veelbelovend de techniek ook moge zijn vanuit een oogpunt van het terugdringen van het broeikaseffect, nog nergens daadwerkelijk een CO<sub>2</sub>-opslagproject zijn gestart.

### **III Tussenbalans**

#### *22. Wat vraagt onze aandacht?*

Na deze bespreking van een aantal 'dossiers' met bijzondere belangstelling voor rol en betekenis van het privaatrecht én eventuele consequenties van bijvoorbeeld een nieuwe aanpak voor het privaatrecht kan een tussenstand worden opgemaakt. Daarbij moet uiteraard worden bedacht dat we in een aantal dossiers terugkijken – de ramp heeft zich gerealiseerd, de crisis is

235. Zie uitvoerig M. Faure, *'Liability and compensation for damage resulting from CO<sub>2</sub> Storage Sites'*, rapport aan International Energy Agency, Maastricht 2013.

236. Zie Faure 2013.

237. Richtlijn 2009/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de geologische opslag van kooldioxide, *PbEU* L 140 van 5 juni 2009.

238. Zie in dit verband W.Th. Braams en E.H.P. Brans, 'Aansprakelijkheid voor schade door opslag van CO<sub>2</sub>', *De Gemeentestem* 2009, p. 577 e.v.

ingetreden – terwijl in een aantal andere enkel nog van een dreigend scenario sprake is. Logischerwijs ligt in die eerste categorie van gevallen (nog) meer de nadruk op de vraag wat het privaatrecht in de sfeer van compensatie kan betekenen dan in die andere categorie.

Bij de *natuurrampen* krijgt de preventievraag, het kan ook moeilijk anders, weinig aandacht, maar ligt de nadruk op compensatie. De mogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht in dit verband zijn, om dezelfde redenen als bij de preventievraag, zeer beperkt. Hooguit zal in een enkel bijzonder geval (de overheid waarschuwt, ondanks specifieke kennis aan haar kant, te laat bijvoorbeeld) sprake zijn van een afgeleid verwijt. De enige opmerkelijke ontwikkeling hier is de ruimte die de Hoge Raad in het Wilnis-arrest heeft gelaten voor aansprakelijkheid in geval van een dijkdoorbraak ex art. 6:174 BW. Vanuit vergoedingsperspectief is van belang dat problemen aan het front van de first party-verzekeraarheid eerst aanleiding hebben gegeven tot *ad hoc*-overheidsvoorzieningen en vervolgens tot de WTS nadat overleg tussen verzekeraars en overheid was vastgelopen. De koppeling die de WTS zelf maakt met onverzekerbare schade benadrukt het belang van verdere verbetering van de verzekeraarheid van schade bijvoorbeeld in de vorm van een overstromingsverzekering. *Aandachtspunt* is daarom: de problematiek van de first party-verzekeraarheid en de relatie tot eventuele overheidsvoorzieningen.

Hoewel de *legionella*-affaire tot specifieke regelgeving ter bevordering van de preventie aanleiding gegeven, gaat zowel daar als in de *Q*-koorts-affaire, beide voorbeelden van de verspreiding van ziekten, de meeste aandacht uit naar de (beperkte) meerwaarde van het systeem van ‘aansprakelijkheid en verzekering’. Daarbij komen primaire veroorzakers, maar ook zijdelingse laedentes in beeld. De laatste categorie, zo lijkt het althans in de *Q*-koorts-affaire, wordt vergeefs aangesproken. In de eerste categorie valt meer succes te behalen zij het dat de weg naar toewijzing van de vorderingen tegen standhouder(s) in ‘Bovenkarspel’ en tegen de boeren in de *Q*-koorts-zaak nog de nodige obstakels kent. Belangrijk zijn bovendien de beperkte verhaalsmogelijkheden: in ‘Bovenkarspel’ komt pregnant in beeld hoe laag de verzekerde sommen zijn bij aansprakelijkheidsverzekering. In beide gevallen is, mede daarom, de vraag aan de orde welke taak voor de overheid is weggelegd op het vlak van compensatie. De legionella-slachtoffers konden nog profiteren van een getroffen specifieke voorziening (een *ad hoc*-uitkeringsregeling), waarbij overigens nog de vraag rees hoe deze zich verhield tot een eerdere en op het eerste gezicht vergelijkbare regeling ter zake van de Bijlmerramp), terwijl de slachtoffers van de *Q*-koorts stuiten op nieuw en terughoudender beleid. Voor hen werd geen bijzondere regeling getroffen. *Aandachtspunten*: de beperkte betekenis van het aansprakelijkheidsrecht wanneer zijdelingse laedentes worden aangesproken, het beperkte verhaal dat aansprakelijke daders bieden en het overheidsbeleid met betrekking tot het treffen van *ad hoc*-voorzieningen.

‘Enschede’ en ‘Volendam’ kunnen beide worden beschouwd als voorbeelden van *technologische rampen*. Beide rampen hebben preventie en de rol van regelgeving, handhaving en toezicht op de agenda gezet, maar ook in dit kader gaat de meeste aandacht uit naar de compensatieproblematiek. Net als in de legionella-affaire zijn primaire veroorzakers met succes aangesproken, doch ook hier komt pijnlijk in beeld hoe laag de op aansprakelijkheidsverzekering gedekte sommen zijn. Diverse zijdelingse laedentes zijn in de zaak van de vuurwerkcramp aangesproken zij het tevergeefs: overheden zijn niet snel met succes aan te spreken. Toch speelt de overheid een hoofdrol op het vlak van vergoeding. Omdat de WTS daarbij geen soelaas kan bieden door de structuur van deze wet (geen toepassing indien de schade verzekeraar is of elders verhaald kan worden), zijn op ruime schaal *ad hoc*-voorzieningen getroffen. *Aandachtspunten*: de beperkte betekenis van het aansprakelijkheidsrecht wanneer zijdelingse laedentes worden aangesproken, het beperkte verhaal dat aansprakelijke daders bieden, het beperkte toepassingsbereik van de WTS en het overheidsbeleid met betrekking tot het treffen van *ad hoc*-voorzieningen.

Bij *cybersecurity* gaat zeer veel beleidsmatige aandacht uit naar preventie en voorbereiding en groeit de rol van de overheid. Het blijkt een lastig thema, omdat diverse kwetsbaarheden in het geding zijn en ook de bedreigingen van uiteenlopende aard zijn. Daarbij komt dat de ‘daders’ moeilijk op één hoop kunnen worden gegooid: het gaat soms om staten, vaak om criminele netwerken, dan weer om een enkeling; veelal gaat het om boosaardig optreden, maar soms is het ideologisch gemotiveerd. Juist ook omdat de problematiek eigenlijk grenzeloos is, kunnen oplossingen moeilijk nationaal gehouden worden. En, ten slotte, is hier van belang dat oplossingen vaak juist ook in de sfeer van de technologie moeten worden gezocht. Dat betekent niet alleen dat overheden met de industrie moeten samenwerken. Het lastige hier is nadrukkelijk ook dat de technologie zich nog altijd in een rap tempo ontwikkelt, wat sterk het gevoel geeft dat we achter de feiten aanlopen. De kunst is hoofdrolspelers (eindgebruikers, aanbieders en producenten) te prikkelen hun verantwoordelijkheid te nemen. Daarbij wordt een mix van (beleids)instrumenten ingezet. Ook van het privaatrecht inclusief het aansprakelijkheidsrecht wordt een bijdrage verwacht, maar daarbij stuiten we op diverse problemen: onvindbaarheid en insolventie van primaire daders, obstakels bij het aanspreken van zijdelingse laedentes (denk aan het aanspreken van een bank in verband met een storing in de elektronische dienstverlening: gedupeerden stuiten daarbij op contractuele voorwaarden, causaliteitsproblemen, schadevragen). *Aandachtspunten*: daadkracht in beleidskringen, groeiende rol van de overheid en problemen van aansprakelijkheidsrecht.

Het dossier van de *financiële crises* wordt bepaald door een grote complexiteit, krachtig ingrijpen door overheden (waarbij vele miljarden in het geding zijn) en andere autoriteiten in de acute fase én door een enorme

dadendrang na afloop. Om herhaling te voorkomen wordt zeer veel in gang gezet en zeer veel overhoop gehaald. Vanuit privaatrechtelijk perspectief springen onder meer in het oog de wijze waarop is ingegrepen in de Fortiszaak en de Interventiewet vanwege haar consequenties voor het privaatrecht en de vraag of de rechtsbescherming van gedupeerden voldoende is gewaarborgd. Verder valt op dat het aansprakelijkheidsrecht in beleidsmatige kringen nu eens positief (ratingbureaus, *bank run*) en dan weer negatief wordt bejegend (toezichthouders). *Aandachtspunten*: daadkracht in beleidskringen, consequenties voor het privaatrecht, rechtsbescherming en wisselende kijk op het aansprakelijkheidsrecht.

In het kader van *voedselveiligheid* is gebleken dat een systeem op Europese grondslag geld heeft gezet op de verantwoordelijkheid van de sector zelf waar het gaat om veiligheid en preventie. Verder is voorzien in een systeem van toezicht en snelle waarschuwing dat bijvoorbeeld in de EHEC-affaire zijn meerwaarde heeft bewezen, zij het dat bij het krachtige optreden ook slachtoffers zijn gevallen. *Aandachtspunt*: rechtsbescherming tegen daadkrachtig optreden.

In het kader van terrorisme geldt dat in het bijzonder ‘9/11’ een enorme invloed op het veiligheidsdenken en op het veiligheidsbeleid heeft gehad. De nadruk lag in dit kader echter op de specifieke problematiek van de vanuit privaatrechtelijk perspectief relevante verzekeraarbaarheid van het terreurrisico. Toen herverzekeringcapaciteit wegviel heeft de overheid een belangrijke rol gespeeld bij de oprichting van een speciale herverzekeringsmaatschappij waarin zij zelf ook deelneemt als risicodragers. Met deze voorziening is voorkomen dat de overheid bijvoorbeeld in het kader van de WTS zou moeten bijspringen mocht zich onverhoopt een geval van terrorisme voordoen. *Aandachtspunt*: rol van de overheid bij het bevorderen van verzekeraarbaarheid van schade.

Zo is duidelijk dat de nadruk vanuit privaatrechtelijk perspectief sterk op de vergoedingsproblematiek en daarmee op de afwikkelingsfase ligt. In paragraaf V ga ik daarom nader in op:

- de problematiek van de *first party*-verzekeraarbaarheid en de relatie tot eventuele overheidsvoorzieningen;
- het beperkte verhaal dat aansprakelijke daders bieden;
- de beperkte betekenis van het aansprakelijkheidsrecht wanneer zijdelinge laedentes worden aangesproken;
- de rol van de overheid bij het bevorderen van verzekeraarbaarheid van schade;
- het beperkte toepassingsbereik van de WTS en het overheidsbeleid met betrekking tot het treffen van *ad hoc*-voorzieningen.

De rol van het privaatrecht en zeker van het aansprakelijkheidsrecht in de andere rampfasen is bescheiden. Hierna maak ik daar nog een enkele

opmerking over.<sup>239</sup> Hier in het bijzonder valt op dat in bepaalde dossiers sprake is van een enorme daadkracht in beleidskringen die al snel gepaard gaat met een groeiende rol voor de overheid en een uitbreiding van het publiekrecht. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot enkele andere, deels tegenstrijdige, politieke ontwikkelingen en hun gevolgen voor de rol van het privaatrecht. In paragraaf IV worden de ontwikkelingen in deze bredere context geplaatst.

### 23. *Bescheidenheid is op haar plaats*

Ook al verkeren we in de zekerheid dat rampen en crises niet uitgebannen zullen kunnen worden, op de agenda van het recht staat ook de vraag hoe ze te voorkomen. De privaatrechtelijke bijdrage is echter beperkt. Het is in dit bestek niet mogelijk om optimale aandacht te besteden aan de vraag op welke manier rampen en crises het beste kunnen worden voorkomen. Waar het gaat om scenario's waarin de mens de hand heeft, is de vraag natuurlijk hoe hij het beste kan worden geprikkeld zich te onthouden van ongewenst gedrag. Het antwoord op die vraag vereist in wezen een analyse van de beschikbare prikkelwerkingsmechanismen (strafrechtelijke, bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke) en een vergelijking op punten als effectiviteit, kosten en (ongewenste) neveneffecten.<sup>240</sup> Daar komt bij dat er sprake is van een zo sterke diversiteit aan mogelijke scenario's dat algemene uitspraken niet goed kunnen worden gedaan.

Het lijkt in ieder geval verstandig de prikkelende werking van het privaatrecht als zodanig niet te overdrijven. Een gangbaar hedendaags inzicht is bijvoorbeeld dat de meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht in het kader van preventie beperkt is, althans dat andere regelsystemen (strafrecht, bestuursrecht, toezicht, tuchtrecht) en andere 'incentives' (vrees voor morele verontwaardiging, reputatieverlies, bezorgdheid over eigen lijf en leden) veelal effectiever zijn.<sup>241</sup> In veel gevallen is regulering bijvoorbeeld informatiever dan aan het aansprakelijkheidsrecht te ontnemen zorgvuldigheidsnormen. De conclusie naar aanleiding van 'Enschede', 'Volendam' en 'Bovenkarspel' bijvoorbeeld kan moeilijk zijn dat de veiligheid het beste via het aansprakelijkheidsrecht gerealiseerd had kunnen worden. Concrete, ook daadwerkelijk bestuursrechtelijk en zo nodig strafrechtelijk gehand-

239. Onder 23 e.v.

240. Zie onder heel veel meer bijvoorbeeld Faure en Hartlief 2002, p. 77 e.v. en H. Kerkmeeester, 'Bestrijding onveiligheid', in E.R. Muller (red.), *Veiligheid*, Deventer: Kluwer 2004, p. 741 e.v.

241. Zie kort mijn *Anno 2010*, deLex: Amsterdam 2009, nr. 56. Ook uit diverse bijdragen in W.H. van Boom en I. Giesen (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Bju 2013 valt af te leiden dat empirisch bewijs omtrent de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht vaak nog ontbreekt.

haafde, veiligheidsvoorschriften verdienen de voorkeur. Niet voor niets is na afloop juist ook energie gestoken in deze onderwerpen. Dat het aansprakelijkheidsrecht mogelijk nog een aanvullende prikkel geeft, is mooi meegenomen.

Bovendien zijn we, als we ons geld op het aansprakelijkheidsrecht zetten, afhankelijk van belanghebbenden. Gaan zij de norm kracht bijzetten door een claim in te dienen? Het antwoord op die vraag is mede afhankelijk van kosten, de omvang van de schade (bij hele kleine schades (strooischade) blijft een claim al snel achterwege bijvoorbeeld, de inschatting omtrent mogelijke problemen (met betrekking tot het causaal verband bijvoorbeeld) en de inschatting omtrent de vraag of de aangesprokene ook daadwerkelijk verhaal zal kunnen bieden. Weliswaar is er groeiende belangstelling voor handhaving binnen het privaatrecht, maar daarbij gaat het, om haar te faciliteren, al snel ook over het uitbreiden van het sanctiearsenaal, bijvoorbeeld met *punitive damages*.<sup>242</sup>

In het voorgaande zijn we vanuit dit perspectief op diverse problemen gestuit. Soms gaat het gewoon niet om invloed van de mens (natuurrampen). In de meeste gevallen heeft hij wel de hand in het zich realiseren van een rampscenario of crisis, maar:

- biedt hij onvoldoende verhaal ('Enschede', 'Bovenkarspel' en 'Volendam');
- is hij moeilijk te achterhalen of zelfs onvindbaar (*cybersecurity*);
- is hij niet de enige, doch is er een veelheid aan samenwerkende oorzaken en een mogelijk grote groep contribuanten (financiële crisis);
- is sprake van (een groot aantal) kleine schades of causaliteitsproblemen (voedselveiligheid, *bank run*);
- is sprake van een onzeker fenomeen en heeft de in dit verband aan te houden gedragsnorm geen duidelijke inhoud (nieuwe en onzekere risico's).

Soms kan binnen privaatrechtelijke kaders verbetering worden gerealiseerd (voor strooischade kunnen bijvoorbeeld vormen van collectief optreden uitkomst bieden, aan causaliteitsproblemen kan soms ook wat worden gedaan binnen het schadevergoedingsrecht of bewijsrecht (omkeringsregel, verzwaarde stelplicht)), maar zelfs dan past bescheidenheid en zal in de regel meer heil kunnen worden verwacht van (aanvulling en verbetering van) andere prikkelwerkingsmechanismen.<sup>243</sup> Daarbij kan het privaatrecht overigens zelf eventueel (onnodig) onder druk komen te staan.

242. Zie hierna onder 28.

243. Zie ook de analyse van P.F. Slob, 'Preventie, een politieke wassen neus?', in W.H. van Boom en S.D. Lindenberg (red.), *Politiek Privaatrecht*, Den Haag, Bju 2013, p. 119 e.v. waaruit blijkt dat preventie(ve) werking van aansprakelijkheidsrecht) in politieke afwegingen een beperkte, veelal slechts ondersteunende rol speelt.

24. *Winst en verlies*

Winst valt in ieder geval te behalen aan het front van de solvabiliteit van (potentiële) veroorzakers. Daarbij valt niet alleen te denken aan invoering van de verplichting om financiële zekerheid te stellen al dan niet in de vorm van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering,<sup>244</sup> maar ook aan het prikkelen van de verzekeringsmarkt om meer (en hogere) dekking(en) te verlenen. Aansprakelijkheidsverzekering zorgt voor solvente daders en daarmee voor het daadwerkelijk instellen van claims. Het aansprakelijkheidsrecht kan zo zijn functies beter uitoefenen. De rol van aansprakelijkheidsverzekeraars is daarbij overigens een serieuze: zij kunnen hun verzekerden voorlichting geven over nieuwe rechtspraak (of regels) dan wel nieuwe inzichten en deze zonedig ‘vertalen’ in de verzekeringsvoorwaarden. Ter beteugeling van het moreel risico (het gevaar dat verzekerden juist omdat zij zich verzekerd weten minder zorgvuldig gaan handelen) dienen verzekeraars, het gedrag van hun verzekerden uiteraard ook te controleren en te prikkelen tot het gewenste gedrag door gebruik te maken van de hen ter beschikking staande middelen (eigen risico, opzegging, bonus/malus). Op dit punt zouden verzekeraars echter niet altijd handelen zoals men volgens de theorie zou verwachten en vanuit maatschappelijk oogpunt zou hopen: of verzekeraars daadwerkelijk van de genoemde mogelijkheden gebruikmaken is veelal een kwestie van bedrijfspolitiek waarbij commerciële overwegingen (contract in de wacht slepen, klant behouden) het kunnen winnen van andere (klant ‘screenen’, aanzetten tot wijziging van zijn gedrag). Ook het kostenaspect speelt een belangrijke rol: de kosten van controleren en monitoren verdragen zich slecht met de omvang van het premieinkomen.<sup>245</sup>

Positief kan verder worden geoordeeld over de toenemende aandacht voor het voorzorgsbeginsel, ook in het aansprakelijkheidsrecht. De meerwaarde zou zitten in het bevorderen van een proactieve omgang door bijvoorbeeld producenten en werkgevers met nieuwe en ook onzekere risico’s, waarbij de inzet is betrokkenen scherp te houden en belang te laten hebben bij het verkrijgen van meer duidelijkheid over mogelijke nieuwe risico’s (wetgeving is vaak statisch en gaat uit van bekende gevaren en scenario’s), over de daaraan verbonden gevaren en de eventueel te treffen maatregelen. Enkele jaren geleden heeft de WRR in dit verband bepleit het voorzorgsbeginsel wettelijk te verankeren, ook in het BW.<sup>246</sup> Het kabinet acht dat niet nodig, omdat het al zijn fundament vindt in meer specifieke regelgeving.<sup>247</sup>

244. Zie hierna onder 41.

245. Zie in dit verband bijvoorbeeld M.G. Faure en W.H. van Boom, ‘Gedragsveronderstellingen en verzekering’, in W.H. van Boom en I. Giesen (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Bju 2013, p. 707 e.v.

246. Zie hierna onder 31.

247. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 28089, nr. 23.

Het lastige, zo bleek hiervoor ook al,<sup>248</sup> is de concrete toepassing: wat betekent het voorzorgsbeginsel bijvoorbeeld in veel genoemde dossiers als die van nanotechnologie en de mobieltjes waaraan mogelijk ook risico's verbonden zijn?<sup>249</sup> De afweging wordt daarbij nog eens bemoeilijkt doordat op het moment dat nog onzeker is of en zo ja welke de negatieve aspecten zijn, soms de positieve effecten wel al voldoende duidelijk zijn en mede daarom vaak grote economische belangen in het geding zijn. In dat verband wordt ook gevreesd dat het voorzorgsbeginsel innovatie in de weg kan staan. Deze problemen zijn zeer serieus, maar mijn inschatting is dat het nadenken over een zinvolle inzet van het voorzorgsbeginsel zich zal uitbetalen.<sup>250</sup> Zijn rol op het toneel van het aansprakelijkheidsrecht zal groeien.

Een laatste ontwikkeling in dit verband is de opkomst van zorgplichten zowel binnen als buiten het aansprakelijkheidsrecht. Het gaat hierbij niet alleen om een wetgevingstechniek naast die van concreet uitgewerkte voorschriften,<sup>251</sup> maar, vanuit aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief zeker, om het benadrukken van een bijzondere, meer dan normale, verantwoordelijkheid (bijvoorbeeld van een bank, notaris of de overheid).<sup>252</sup> In dit verband gaat het vooral om de wetgevingstechniek: in plaats van een concreet aan een bepaalde persoon gericht voorschrift wordt in een bepaling de zorg voor een bepaald doel of resultaat neergelegd bij een ander. Deze techniek heeft haar voor- en nadelen.<sup>253</sup> Voordelen zouden onder meer zijn dat regelingen niet steeds hoeven te worden aangepast aan nieuwe ontwikkelingen, dat de verantwoordelijkheid voor proces en resultaat van regelgever naar de normadressaat is verlegd zodat deze zijn deskundigheid kan benutten en dat zo vermeden wordt dat de regelgever alle denkbare situaties moet voorzien. Nadelen zijn er evident ook: onduidelijkheid over wat er precies gevraagd wordt en verkeerde beslissingen. In de praktijk zijn handhaving en toezicht vaak moeilijker dan bij meer klassieke voorschriften. Uiteraard

248. Zie hiervoor onder 21.

249. Zie ook M. Olaerts, 'Van aansprakelijkheid tot voorzorg', *AV&S* 2003, p. 114 e.v. en J. Spier, 'Het WRR-rapport Onzekere veiligheid: een welkome stap voorwaarts', *NJB* 2008, p. 2521 e.v.

250. Zie met veel verdere verwijzingen S. Lierman, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, diss. Antwerpen, Antwerpen: Intersentia 2004, W.H. van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', *AV&S* 2001, p. 3 e.v., N. Vloemans, 'Events are in the saddle...the terrible ifs accumulate', *AV&S* 2010, p. 3 e.v., A.Ch.H. Franken, 'Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht – een verkenning', *AV&S* 2010, p. 185 e.v. en E.E. Krikke, 'Waar voorzorg een rol kan spelen', in W.H. van Boom, M. van Kogelenberg en L. Tuil (red.), *Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijk recht*, Den Haag, Bju 2012, p. 23 e.v.

251. Zie daarover bijvoorbeeld W. Timmer, 'Zorgplichten aan het werk', *Regelmaat* 2013, p. 354 e.v.

252. Zie in dit verband onder meer T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam, Deventer: Kluwer 2007.

253. Timmer 2013, p. 356 e.v.

is dit anders wanneer toch door regelgever, toezichthouder of rechter nadere uitwerking wordt gegeven aan de zorgplicht.

Voorals in de financiële sector is sprake van een sterke opkomst van de zorgplicht, niet alleen in de civiele rechtspraak van de Hoge Raad, maar ook in de financiële toezichtswetgeving.<sup>254</sup> Het gaat hier om privaatrechtelijke verhoudingen in gereguleerde sectoren die aan publiekrechtelijk toezicht zijn onderworpen. In dit verband gelden publiekrechtelijke gedragsnormen voor financiële ondernemingen op de naleving waarvan toezichthouders toezien. Deze normen zijn te vinden in de Wft, het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen, de Nadere Regeling Gedragstoezicht financiële ondernemingen en beleidsregels, leidraden en interpretaties van de AFM. Zij staan naast de gedragsregels van civielrechtelijke aard die bijvoorbeeld in het kader van bancaire zorgplicht door de Hoge Raad zijn ontwikkeld. De afgelopen jaren is in de doctrine aandacht gevraagd voor deze ‘dubbelloop’ en de niet altijd duidelijke verhouding tussen de twee systemen mede in verband met de niet steeds identieke inhoud van de gedragsnormen, waarbij overigens zonder twijfel is dat de publiekrechtelijke gedragsregels (geformuleerd in de verhouding tussen instelling en overheid maar wel (naast bijvoorbeeld bevorderen van vertrouwen in de markt) mede met het oog op bescherming van de belangen van cliënten) doorwerken in of inkleuring geven aan de puur privaatrechtelijke verhouding tussen cliënt en instelling.<sup>255</sup> Dit debat krijgt een nieuwe impuls door het voorstel in het kader van de Wijzigingswet financiële markten 2014<sup>256</sup> tot het opnemen in de Wft van een algemene zorgplichtbepaling die als vangnet moet dienen en de AFM een handvat moet geven op te treden juist in die (nieuwe) gevallen waarin nog geen nadere regels zijn gesteld. De ontwikkelingen gaan immers vaak sneller dan de regelgeving. De vastlegging van de zorgplicht wordt mede aldus gemotiveerd dat de gang naar de civiele rechter voor de individuele consument vaak moeilijk is. Achterliggende doelstelling is niet alleen bescherming van de consument, maar ook het versterken van het vertrouwen in de financiële markten en het bijdragen aan een cultuuromslag in de financiële sector. Ook nu worden in de doctrine kanttekeningen geplaatst bij de onduidelijke verhouding tot de rechtspraak van de Hoge Raad, wordt gewezen op het moge-

254. Zie bijvoorbeeld R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011.

255. Zie onder meer J.H. Wansink, ‘Toezicht op goed gedrag: de veranderde rol van de toezichthouders’, *AV&S* 2010, p. 57 e.v., O.O. Cherednychenko, ‘De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en het privaatrecht’, *NTBR* 2010, p. 66 e.v., dezelfde, ‘Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële ‘toezichtprivaatrecht’ en haar betekenis voor het verbintenissenrecht’, *RM Themis* 2012, p. 223 e.v. en B. Bierens, ‘Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht’, *NTBR* 2013, p. 15 e.v.

256. *Kamerstukken II*, 2012-2013, 33632, nrs. 1 en 2.

lijke gevaar van rechtsonzekerheid voor de instellingen<sup>257</sup> en wordt gesugereerd dat een beter alternatief zou zijn de AFM zelf, langs de weg van art. 3:305a, privaatrechtelijk te laten optreden.<sup>258</sup>

Het is duidelijk dat de rol van het privaatrecht beperkt is in de ‘vooraf-fase’ en dat meer heil van andere regelsystemen te verwachten is. Niettemin is op onderdelen ook binnen het privaatrechtelijke veld verbetering mogelijk en valt dus winst te behalen. Tegelijkertijd lijkt het verstandig om ook de vinger aan de pols te houden en niet enkel toe te kijken hoe, zelfs in contractuele verhoudingen, het publiek recht binnentreedt. Dat heeft namelijk niet steeds enkel nuttige effecten en lijkt evenmin steeds nodig.

## 25. *Nood breekt wet*

Ook in de acute fase staat het publiekrecht voorop. De vraag is hooguit of, mocht bestaande (nood)wetgeving ontoereikend zijn, een aanvullende rol voor het privaatrecht is weggelegd. Voor het geval er wel een toereikend publiekrechtelijk instrumentarium is, zal een privaatrechtelijke route (bijvoorbeeld een overname langs privaatrechtelijke weg of ingrijpen op basis van zaakwaarneming) waarschijnlijk in de regel afgesloten zijn, omdat mag worden aangenomen dat bij de inrichting van de publiekrechtelijke route de betrokken belangen zijn afgewogen ook (mede in verband met de belangen van mogelijk betrokken derden) waar het het in te zetten arsenaal betreft. Het volgen van de privaatrechtelijke route zou dan een doorkruising inhouden. Tegelijkertijd lijkt het verstandig om een slag om de arm te houden, omdat, zo leert bijvoorbeeld de Fortis-affaire, als het erop aankomt, en bij wijze van spreken landsbelang op het spel staat, veel mogelijk is: ‘nood breekt wet’. Dat heeft er in die zaak onder meer toe geleid dat in de (lagere) rechtspraak is aangenomen dat normale besluitvormingsregels mochten worden genegeerd en dat evenmin een doorkruising van het publiekrecht werd aangenomen. Tegelijkertijd lijkt het, juist omdat hier van een noodweg sprake is, verstandig om, na een incident waarin het privaatrecht moest worden benut, te streven naar verbetering van het publiekrechtelijk sanctiearsenaal. Dat is in het kader van de Interventiewet nadrukkelijk gebeurd. Vrijwel meteen bleek, in de SNS-zaak, dat dat regime nog

257. Zie voor een bespreking van onder meer deze argumenten D.M. van der Houwen, ‘Een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners in de Wft, een goed idee?’, *V&O* 2012, p. 219 e.v., N.A. van Opbergen, ‘De wenselijkheid van een algemene zorgplicht in de Wft’, *Onderneming en Financiering* 2013, p. 20 e.v. (overigens een voorstander) en O.O. Cherednychenko, ‘Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezicht-privaatrecht: op naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?’, *WPNR* 6998 (2013), p. 1122 e.v.

258. In deze zin A.Ch.H. Franken, ‘Wetsvoorstel tot invoering van een generieke zorgplicht in de Wft’, *VR* 2013, p. 404 e.v. (in het bijzonder 407 e.v.).

steeds niet ideaal is, zodat opnieuw de vraag aan de orde is of verdere aanpassing van het arsenaal is aangewezen.

26. *Ingrijpen heeft een prijs*

Ingrijpen is uiteraard niet zonder gevolgen. Het gaat in dit verband in de eerste plaats om de positie van diegenen die door het ingrijpen zijn getroffen. Voor hen is in het bijzonder van belang of sprake is van adequate rechtsbescherming en van een evenwichtig systeem van schadevergoeding. Bij dat laatste gaat het dan niet alleen om de gevallen waarin niet zorgvuldig is opgetreden, maar ook om de gevallen waarin dat wel is gebeurd doch bijvoorbeeld onschuldigen zijn getroffen. Daarbij kan weer aan het voorbeeld van de EHEC-affaire worden gedacht.<sup>259</sup> Vanuit dit perspectief kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de rechtsbescherming in het kader van de Interventiewet.<sup>260</sup> Omdat grote belangen met het overheidsoptreden zijn gemoeid, moeten, zo lijkt het althans, aan de andere kant ook ‘grote woorden’ worden gebruikt. Fundamentele rechten zijn in het geding en de gang naar Straatsburg wordt gemaakt. Het EVRM is zo mogelijk een breekijzer. In de tweede plaats gaat het in dit verband om de consequenties voor het privaatrecht. Opnieuw is het dossier van de Interventiewet illustratief. In dit verband worden regels van privaatrecht uitgeschakeld en lijkt ook anderszins sprake van een niet voldoende doordachte, wellicht ook overhaast tot stand gebrachte, afstemming op het privaatrecht. Ook de politieke ommezwaai met betrekking tot de toezichthouderaansprakelijkheid verdient hier vermelding: bij de introductie van de beperking van aansprakelijkheid in dit verband lijkt enig opportunisme aan de orde.

#### **IV. Tegenstrijdige ontwikkelingen**

27. *Context*

De rol van het privaatrecht in de diverse rampfasen is bescheiden. Dat geldt vooral voor de vooraf-fase én de acute fase, maar ook in de ontwikkelings-fase moeten overheid en publiek recht bijspringen onder meer vanwege problemen van aansprakelijkheid en verzekering. Hoe verhoudt deze bijzondere nadruk op overheid en publiekrecht zich tot andere ontwikkelingen? In dit kader staan eerst en vooral enkele tegenstrijdige politieke ontwikkelingen en hun gevolgen voor de rol van het privaatrecht centraal. Daarbij gaat het natuurlijk om de terugtrekkende overheid aan de ene kant, maar ook om de sterke nadruk op veiligheid in het overheidsbeleid aan de

259. Zie hiervoor onder 19.

260. Hiervoor onder 15 en 18.

andere kant. Verder komen enkele vaste patronen bij rampen en crises in beeld: de zogenoemde ‘incident(regel)reflex’, de centrale rol voor de overheid en het Haagse ongenoegen daarover en het streven naar nieuwe verantwoordelijkheidsverdelingen die in ieder geval de druk op overheid en algemene middelen zou moeten doen verminderen.

## 28. *Terugtrekkende overheid*

Hoe rampen en crises worden aangepakt en bedreigingen waaraan onze samenleving zich ziet blootgesteld worden tegemoetgetreden, wordt uiteraard in belangrijke mate bepaald door de politieke context. In dit verband valt een aantal relevante (gedeeltelijk) met elkaar samenhangende trends aan te wijzen.

Van grote betekenis is dat de politieke ontwikkelingen al enige decennia in het teken staan van een *terugtrekkende overheid*. Deze trend heeft geen eenduidige achtergrond. Te noemen vallen dat de klassieke verzorgingsstaat niet langer betaalbaar werd geacht zodat bezuinigingen in dit verband noodzakelijk waren, verder de onder meer op liberale politiek én ‘Europa’ terug te voeren trend van marktwerking, deregulering en privatisering en de afgelopen jaren gaat het nadrukkelijk om forse bezuinigingen die noodzakelijk worden geacht in verband met de financieel-economische crisis waarin ook ons land verkeert. We zien in dit verband een steeds verdere beperking van de rol van de centrale overheid en tegelijkertijd zowel verschuivingen in de richting van lagere overheden (decentralisatie) als van private actoren (privatisering, maar ook afkalving van sociale zekerheid en in het algemeen een terugkerend appèl op eigen verantwoordelijkheid). Vanuit juridisch perspectief brengt de terugtrekking van de overheid in ieder geval een zekere verschuiving van publiekrecht naar (meer ruimte voor het) privaatrecht mee. Dat betekent echter niet dat het speelveld helemaal vrij is geworden.

Tegelijkertijd zien we immers een duidelijke opkomst van de figuur van het (markt)toezicht en in verband daarmee een forse groei van het aantal toezichthouders die niet toevallig veelal Autoriteit worden genoemd.<sup>261</sup> Of het mede daardoor komt weet ik niet, maar het lijkt erop dat de roep om meer, beter of nieuw toezicht (en in uiterste instantie toezicht op het toezicht bijvoorbeeld door de Algemene Rekenkamer) de standaardreactie is op incidenten.<sup>262</sup> Niet voor niets staan, dat bleek hiervoor nadrukkelijk, toezichthouders dan zelf ook in het brandpunt van de belangstelling: als er

261. Zie in plaats van velen L.F.M. Verhey en N. Verheij, ‘De macht van de marktmeesters’, in *Toezicht*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2005, p. 135 e.v. Inmiddels zien we de krachten alweer gebundeld worden. Zo zijn de Consumentenautoriteit, de NMa en de Opta samen de Autoriteit Consument & Markt (ACM) geworden.

262. Zie in dit verband ook WRR, *Toezien op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*, WRR-Rapport nr. 89, Amsterdam/Den Haag 2013.

iets mis gaat, hebben de toezichthouders, zo is de gedachte, hun werk waarschijnlijk niet goed gedaan. Vanuit een oogpunt van rampen en crises komen onder meer de financiële toezichthouders DNB en AFM in verband met de financiële crisis en de Voedsel- en Warenautoriteit (VWA) in verband met problemen van voedselveiligheid in beeld.<sup>263</sup> Hun handel en wandel wordt ook in het kader van aansprakelijkheidsclaims aan de kaak gesteld. Veel lijken ze hier echter niet te vrezen te hebben. In de rechtspraak wordt de bijzondere positie van de toezichthouder duidelijk in diens voordeel in aanmerking genomen en, alsof dat nog niet genoeg is, staat het thema van de toezichthoudersaansprakelijkheid al enige tijd in het teken van de vraag of er reden is voor enige vorm van immuniteit van de toezichthouder.<sup>264</sup> Voor wat betreft de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders is zij inmiddels werkelijkheid geworden (art. 1:25d Wft).<sup>265</sup>

Een andere belangrijke ontwikkeling betreft de aandacht voor *privaatrechtelijke handhaving*: handhaving langs privaatrechtelijke weg van andere dan privaatrechtelijke regels, bijvoorbeeld van mededingingsrechtelijke aard.<sup>266</sup> Privaatrechtelijke handhaving is vanuit het perspectief van een terugtrekkende overheid natuurlijk interessant: privatisering van de rechtshandhaving en geld zetten op de burger in dat verband kan immers de druk op de overheid en haar financiën doen verminderen. Moeten we inderdaad inzetten op private handhaving? In de doctrine wordt deze vraag uiteenlopend beantwoord.<sup>267</sup> Het meest fundamenteel is de kritiek dat ‘private

263. Gebrekkig toezicht wordt gezien als mede-veroorzaker van de (financiële) crises. Het toezicht is daardoor zelf ook in crisisstemming geraakt. Zie onder meer met wisselende accenten Leeuw 2010, p. 65 e.v., F.H.J. Mertens, ‘De positionering van het overheids-toezicht: is een revitalisering van het discours over toezicht gewenst?’, *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, p. 39 e.v. en A.T. Ottow en P.B.M. Robben, ‘De toezichthouder als koordanser’, *Tijdschrift voor Toezicht* 2012, p. 32 e.v. Zie ook G.A. Biezeveld, ‘Een nieuw kabinet, een nieuw geluid?’, *Tijdschrift voor Toezicht* 2012, p. 3 e.v. die het kabinet-Rutte II verwijt niet met een nieuwe visie te komen, maar te blijven hangen in samenwerking en efficiency, vermindering van toezichtslasten en kosten van de rijksoverheid. Zie over de consequenties van dit beleid en de tegelijkertijd hooggespannen verwachtingen omtrent toezicht ook WRR 2013.

264. Zie in dit verband onder meer A.A. van Rossum, ‘Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht’, in *Toezicht*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2005, p. 1 e.v., I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005 en A.J. Verheij, ‘Immunititeiten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?’, in *Immunititeiten. Het recht opzigezet?*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2013, p. 74 e.v.

265. Hiervoor onder 17 en hierna onder 43.

266. Zie onder meer E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Bju 2009 met verdere verwijzingen.

267. Zie voor een kort overzicht I. Giesen, ‘Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?’, in E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Bju 2009, p. 308 e.v. en verder J.S. Kortmann en C.A. Sieburgh, *Handhaving door Nederlands privaatrecht*, preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Den Haag: Bju 2009, p. 249 e.v.

enforcement' geen doel van het aansprakelijkheidsrecht is.<sup>268</sup> Tekorten op handhavingssvlak, bijvoorbeeld binnen het strafrecht of het publiekrecht in brede zin, dienen in deze visie niet door het privaatrecht maar binnen het publiekrecht te worden opgelost.<sup>269</sup> In tijden van forse bezuiniging echter is de kans dat werkelijk wordt gekozen voor uitbreiding van publiekrecht en een groeiende overheid niet erg groot.

Hoewel niet iedereen dus even enthousiast is, geniet het aansprakelijkheidsrecht het laatste decennium duidelijk de aandacht van de politiek. Zij gaat ervan uit dat toepassing van het aansprakelijkheidsrecht bijdraagt aan veiligheid en kwaliteit.<sup>270</sup> Het aansprakelijkheidsrecht is zo een instrument in handen van beleidsmakers en politiek geworden: zij zetten hun geld op burgers en bedrijven die door aansprakelijkheidsrechtelijke remedies in te zetten bijdragen aan een betere samenleving.<sup>271</sup> Om de effectiviteit waar nodig te vergroten wordt serieus de vraag gesteld of het privaatrechtelijke sanctiearsenaal niet moet worden uitgebreid met een fenomeen als dat van de *punitive damages*.<sup>272</sup> Weliswaar kan uit de meest recente berichten uit 'Brussel' worden afgeleid dat dit nog zo'n vaart niet loopt,<sup>273</sup> maar we zetten in ieder geval figuurlijk geld op de handhavende burger in de hoop dat hij in het offensief komt tegen onrecht.

## 29. *Verlamde overheid*

Waar beleidsmakers niet onmiddellijk aan gedacht zullen hebben, is dat burgers zich ook zouden kunnen richten tegen hun eigen autoriteiten om hen te dwingen tot een grotere dadendrang bij moeilijke dossiers. Het aansprakelijkheidsrecht kan daarbij als breekijzer worden ingezet, niet zozeer om schade vergoed te krijgen maar juist om (verdere) schade te voorkomen. Rechterlijke verboden of bevelen en verklaringen voor recht moeten de verlamde overheid in de gewenste richting krijgen.<sup>274</sup> In uiterste instan-

268. J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry*, oratie UvA, Amsterdam 2009.

269. In vergelijkbare zin W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012, p. 3020 e.v. Een ander geluid klinkt bij A.Ch.H. Franken, 'Hollandse toestanden', *AV&S* 2009, p. 261 die juist de voorkeur geeft aan 'private enforcement' boven (meer) toezicht.

270. Zo onder meer de bekende kabinetsbrief over de claimcultuur: *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26630, nr. 1.

271. Zie mijn 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* 6772 (2008), p. 769 e.v.

272. L. Meurkens, E. Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia 2012.

273. I. Giesen, 'Collectieve actie in Nederland en Europa: *and the winner is...*', *NTBR* 2013, p. 291 e.v.

274. Zie in dit verband J. Spier m.m.v. E. de Jong, *Shaping the law for global crises*, Den Haag: Eleven 2012 die nadrukkelijk aandacht besteedt aan de (gevolgen van de) financiële crisis en vooral aan de problematiek van de klimaatverandering. Eerder reeds J. Spier, 'Wer baut auf Wind, baut auf Satans Erbarmen', *NJB* 2007, p. 2872 en in het kader van de aanpak van onzekere gezondheidsrisico's met de nadruk op infectieziekten Prins 2009.

tie doet men een beroep op het recht en op de rechterlijke macht. Ten onzent is een goed voorbeeld de eind november 2013 door de Stichting Urgenda tegen de Staat der Nederlanden aanhangig gemaakte zaak met als inzet de Staat te dwingen meer werk te maken van het terugdringen van de CO<sub>2</sub>-uitstoot in het belang van onszelf en degenen die na ons de wereld bevolken.<sup>275</sup> Vorderingen als deze doen de nodige reële vragen rijzen. Waarom zou een rechter wel kunnen waartoe de politiek kennelijk niet in staat is? Waartoe kan een rechter de autoriteiten eigenlijk veroordelen? Openen we hier niet een Doos van Pandora? In genoemde zaak gaat het over klimaatverandering, maar kan het bijvoorbeeld ook gaan om de consequenties van de aanpak van de financiële crisis?<sup>276</sup> Inderdaad staat hier de verhouding tussen recht en politiek en de verhouding tussen de diverse staatsmachten centraal. Het gaat nu niet om antwoorden en evenmin om de merites van de concrete zaak. Het gaat mij nu om de illustratie van een fenomeen dat wellicht nog navolging krijgt: burgers die ‘moeilijke dossiers’, waarin de (nationale) overheid of overheden zich naar het oordeel van eisers onvoldoende daadkrachtig en misschien zelfs wel verlamd hebben getoond, in uiterste instantie (‘Alleen het recht kan ons nog redden’) op het bord van de rechter leggen. Die zit daar vast niet op te wachten en zal zich in veel gevallen even machteloos als de overheid wanen. Dat de overheid er niet uitkwam, heeft immers met de complexiteit van de dossiers te maken: het gaat om globaal-politieke dossiers waarin juist vanwege die globaliteit (grensoverschrijding en het grote aantal relevante spelers) en de grote in het geding zijnde financieel-economische belangen een duidelijke en politiek haalbare oplossing als al sprake is van een gedeelde probleem-analyse, zich niet onmiddellijk opdringt.

### 30. *Veiligheid is alles*

Het beeld van de zich terugtrekkende overheid en burgers die steeds meer eigen verantwoordelijkheid moeten gaan nemen, past niet goed bij de situatie die aan de orde is bij veiligheid. Hier zeker kijken burgers naar de (centrale) overheid en deze neemt de haar toebedeelde taak ook zeer serieus.

In dit verband zijn enkele, op elkaar inwerkende, ontwikkelingen aan de orde. Zo is er het fenomeen van ‘de risico-maatschappij’ waarin, (te) kort gezegd, burgers hoge verwachtingen hebben van de veiligheid en zekerheid die hen geboden kan en moet worden en waarin wat ooit als noodlot werd

275. Zie J.M. van den Berg en R.H.J. Cox, ‘Is de staat aansprakelijk voor klimaatverandering?’, *AV&S* 2014, p. 3 e.v. en verder Chr.H. van Dijk, ‘Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde’, *NJB* 2007, p. 2861 e.v. en uitvoerig Gilissen 2013, deel II.

276. Zie in dit verband het genuanceerde betoog van Spier 2012, p. 274 e.v. die het echter niet lijkt uit te sluiten.

gedragen eerder aanleiding is voor een verwijt en eventueel zelfs een claim aan het adres van een ander, veelal de overheid.<sup>277</sup> ‘Pech moet weg!’ zou het hedendaagse Leitmotiv zijn.<sup>278</sup> Belangrijk zijn verder de politieke nadruk op bestrijding van het (gevoel van) onveiligheid op straat, ‘9/11’ en de bestrijding van terrorisme sindsdien en de grote politieke aandacht voor criminaliteit en illegaliteit in het algemeen.<sup>279</sup>

Niet voor niets wordt hardop nagedacht over de vraag of het recht op veiligheid niet in de Grondwet zou moeten worden verankerd,<sup>280</sup> hebben we een Onderzoeksraad voor Veiligheid en een Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, zijn 25 veiligheidsregio’s gevormd en is justitie in de naamgeving van ‘haar’ ministerie tegenwoordig achtergesteld ten opzichte van veiligheid.<sup>281</sup> Veiligheid is een algemene noemer voor beleid geworden. Daarbij gaat het overigens al lang niet meer om enkel fysieke veiligheid. Onder invloed van technische ontwikkelingen, globalisering en een groeiend inzicht in potentiële bedreigingen voor de samenleving is een veel ‘bredere’ focus (als we daarvan nog mogen spreken<sup>282</sup>) aan de orde. We hebben inmiddels te maken (gehad) met stukken en rapportages onder de noemer van Integrale Veiligheid, Crisisbeheersing, Bescherming Vitale Infrastructuur en sinds 2008 de Strategie Nationale Veiligheid en Nationale Risicobeoordeling.<sup>283</sup> De Strategie Nationale Veiligheid is erop gericht aantasting van vitale belangen (territoriale veiligheid, fysieke veiligheid, economische veiligheid, ecologische veiligheid en sociale en politieke stabiliteit) die mogelijk kan leiden tot maatschappelijke ontwrichting, te voorkomen. Kern van deze strategie wordt gevormd door de Nationale Risicobeoordeling (NRB), capaciteitanalyses en de bevindingenrapportage Nationale Veiligheid. Kort gezegd zijn, in het kenmerkende jargon van dit soort beleidsstukken, sinds 2008 42 scenario’s ontwikkeld, capaciteitanalyses uitgevoerd en zijn te versterken capaciteiten geïdentificeerd met als

277. Zie mijn *Ieder draagt zijn eigen schade*, oratie Leiden, Deventer: Kluwer 1997, p. 32 e.v. met verdere verwijzingen.

278. Het ‘adagium’ is ontleend aan R.H. Stutterheim. Zie in dit verband bijvoorbeeld L.J.A. Damen, ‘Moet pech weg?’, in C.P.M. Cleiren, R.M.G.E. Foqué, J.L.M. Gribnau, R.M. van Male en P.A.M. Mevis (red.), *Voor risico van de overheid?*, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 17 e.v.

279. Zie, ook weer met veel verdere verwijzingen, E.R. Muller (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Deventer: Kluwer 2004 en *Crisisbeheersing belicht*, Uitgave Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag 2005.

280. Zie bijvoorbeeld U. Rosenthal en E.R. Muller, ‘Het grondrecht op veiligheid’, in E.R. Muller (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 59 e.v.

281. Zie in dit verband het Themanummer: 10 jaar Magazine – Terugblik en vooruitzicht van het *Magazine Nationale Veiligheid en Crisisbeheersing*, december 2012, nr. 6.

282. Kijk alleen maar eens naar de Nationale Risicobeoordeling 2012 en het risicodiagram in de meest recente Bevindingenrapportage Strategie Nationale Veiligheid.

283. Zie over de aanpak van de Nationale Veiligheid onder meer *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30821, nrs. 1 en 3 met in bijlage de Strategie Nationale Veiligheid.

doel de weerbaarheid tegen mogelijke risico's te vergroten of de impact te verkleinen in het geval een dergelijk scenario zich toch voordoet. Sommige 'capaciteiten (zijn) ook onderdeel geworden van het continue proces, te denken valt dan bijvoorbeeld aan de 'integrale cyber dreigings- en risico-analyse'.<sup>284</sup> Om het iets concreter te maken: in het kader van de NRB 2012 zijn vier dreigingstypen geselecteerd en uitgewerkt tot scenario's te weten 'cyberhactivisme' (digitale veiligheid), 'gewelddadige eenling' (terrorisme), 'wapenbeheersing falende staat' (internationale vraagstukken) en 'grootschalige onlusten' (sociale onrust). In de Bevindingenrapportage wordt uiteindelijk een aantal aanbevelingen ter zake van 'te versterken capaciteiten' gedaan. Het gaat daarbij onder meer om samenwerking bij crisisbeheersing, bewustwording en scholing en crisiscommunicatie.<sup>285</sup> Behalve de Strategie Nationale Veiligheid zijn er nog andere 'operaties' aan de orde. Nationale Veiligheid richt zich op de vijf vitale belangen die mede omvatten twaalf vitale sectoren (producten en diensten<sup>286</sup>) die het aandachtsgebied vormen van Bescherming Vitale Infrastructuur. Beide hebben betrekking op de zogenoemde voorkant van de veiligheidsketen ('vooraf'), terwijl Crisisbeheersing vooral op het incident en de fase erna betrekking heeft. 'Nationale Veiligheid' is strategisch van aard, waar de andere twee meer concreet en operationeel van karakter zijn.<sup>287</sup>

In het oog springt hoeveel aandacht er uitgaat naar 'veiligheids- en crisismanagement'<sup>288</sup> en hoe wollig en weinig concreet de diverse stukken zijn.<sup>289</sup> Dat neemt niet weg, en daar gaat het nu vooral om, dat in ieder geval duidelijk is dat veiligheid de politieke agenda beheerst en daarvan niet snel zal verdwijnen.<sup>290</sup> Het hogere doel is een veiliger Nederland.<sup>291</sup>

284. Zie de meest recente Bevindingenrapportage Strategie Nationale Veiligheid (naar aanleiding van de NRB 2012) onder 1.3.

285. Zie ook de Voortgangsbrief Nationale Veiligheid van minister Opstelten van 8 november 2013 waarin hij, zo lijkt het, aan het slot overigens een zekere tempoverlaging aankondigt in het kader van het beoordelen van nieuwe bedreigingen.

286. Energie, telecom/ICT, drinkwater, voedsel, gezondheid, financieel, keren en beheren van oppervlaktewater, openbare orde en veiligheid, rechtsorde, openbaar bestuur, transport en chemische en nucleaire industrie.

287. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30821, nr. 1, p. 7-8.

288. Het crisismanagement zou daadwerkelijk zijn verbeterd. Zie het laatste hoofdstuk in E.R. Muller (red.), *Crisis in Nederland: Rampen, rellen, gijzelingen en andere crises*, Deventer: Kluwer 2011.

289. Dat geldt ook voor de brief van minister Opstelten aan de Tweede kamer van 22 november 2013 naar aanleiding van diverse evaluatierapporten onder meer van de veiligheidsregio's. Zie *Kamerstukken II*, 2013-2014, 29517, nr. 76.

290. Zie S. Resodihardjo en A. Kors-Walraven, 'Veiligheid. Een almaar uitdijend concept', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2012, p. 3 e.v.

291. Men denkt daarbij daadwerkelijk vooruitgang te boeken. Zie *Kamerstukken II*, 2009-2010, 30821, nr. 10, p. 1 e.v. waaruit blijkt dat ruim tachtig procent van de aangeschreven vitale organisaties beschikt over een actueel continuïteitsplan of dat binnen afzienbare termijn zal hebben.

Vanuit het perspectief van dit preadvies is relevant dat veel beleidsmatige aandacht uitgaat naar de fase ‘vooraf’ en naar de acute fase (preventie en respons), dat samenwerking tussen publieke en private actoren op de agenda staat en dat men de *zelfredzaamheid* van burgers en bedrijven in nood-situaties wil stimuleren, omdat de impact in veel gevallen verkleind kan worden wanneer de slachtoffers in staat zijn zichzelf te redden in afwachting van hulp van buitenaf.<sup>292</sup>

Het verbaast niet dat ook hier het thema *verzekeerbaarheid* voorbij komt. Ook hier lezen we dat wordt ingezet op het waar mogelijk vergroten van de private verzekeerbaarheid van ramprisco’s en dat daarbij prioriteit wordt gegeven aan het verzekeerbaar maken van overstromingsrisico’s en aardbevingen.<sup>293</sup> De vraag is alleen wat het oplevert. De in dit verband door geconsulteerde partijen ter vervanging van het vangnet van de WTS 1998 gesuggereerde publiek-private constructie van een verplichte dekking (die gepaard gaat met een premieopslag) op de vrijwillige brandverzekering (opstalverzekering) in combinatie met een aanvullende financiële rol voor de overheid, wordt voorsnog ‘niet opportuun geacht’ onder meer omdat zij zou neerkomen op een extra lastenverzwaring in een tijd van economisch zwaar weer en dat terwijl het kabinet toch al ingrijpende maatregelen overweegt. Voorsnog betekent dit dat men er bewust voor kiest, mocht zich onverhoopt een ramp voordoen, een eventuele *ad hoc*-voorziening te treffen.<sup>294</sup> Tegen de achtergrond van de massieve hoeveelheid papier over veiligheid, rampen en crisisbeheersing valt op dat op dit doch al decennia lang spelende punt<sup>295</sup> nog altijd geen vooruitgang wordt geboekt. Het vergroten van de zelfredzaamheid blijkt op zo’n moment een papieren wens die vanwege politiek opportunisme zo terzijde kan worden geschoven.

Uiteindelijk blijft toch het beeld hangen dat veiligheid voorop staat en dat de (centrale) overheid hier een centrale verantwoordelijkheid draagt. Tegen deze achtergrond valt dan op dat, waar het gaat om fysieke veiligheid, de WRR binnen enkele jaren tweemaal heeft moeten adviseren naar aanleiding van adviesverzoeken die als achtergrond hebben dat de eigen verantwoordelijkheid van de samenleving zou moeten worden versterkt. In het eerste rapport staan daarbij vooral nieuwe risico’s, of beter: onzekerheden, centraal. In dit verband bepleit de WRR een nieuwe risicobenadering

292. In 2009 is het project Zelfredzaamheid bij Rampen en Crises gestart. Zie *Kamerstukken II*, 2009-2010, 30821, nr. 10, p. 7 e.v. en *Kamerstukken II*, 2010-2011, 30821, nr. 12, p. 6 e.v. (‘Dit kabinet staat voor een participierend veiligheidsbeleid’). Zelfredzaamheid is overigens ook een voor meerdere uitleg vatbaar fenomeen. Zie kort E. Kolasinac, J. Holsappel, N. Oberijé en H. te Brake. ‘Zelfredzaamheid en crisissituaties’ in het *Themanummer: 10 jaar Magazine – Terugblik en vooruitzicht van het Magazine Nationale Veiligheid en Crisisbeheersing*, december 2012, nr. 6, p. 56 e.v.

293. *Kamerstukken II*, 2009-2010, 30821, nr. 10, p. 8.

294. *Kamerstukken II*, 2009-2010, 30821, nr. 10, p. 8.

295. Zie immers hiervoor onder 9 en verder hierna onder 39 en 40.

waarin een proactieve omgang met onzekerheden vereist is. Daarbij hecht hij grote waarde aan het voorzorgsbeginsel dat hij zowel in het BW als in de Awb zou willen verankeren.<sup>296</sup> Enkele jaren later verschijnt het tweede rapport dat als aanleiding heeft dat er in het denken over verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid onevenredig veel aandacht uitgaat naar (vermeende) incidentgedreven wet- en regelgeving.<sup>297</sup> De WRR bepleit in dit verband een kanteling van het perspectief: niet het dempen van de put en de manier waarop dat gebeurt maar het positieve beleidsdoel (fysieke veiligheid) en de wijze waarop dat kan worden gerealiseerd (verantwoordelijkheidsverdeling) moeten centraal staan. In dit verband kiest de Raad voor ‘schadevoorziening’ als perspectief.<sup>298</sup> Inzet is daarbij alle betrokken partijen voldoende te prikkelen om schade te voorkomen, te beperken en af te dekken. Een evenwichtige verantwoordelijkheidsverdeling zou dan leiden enerzijds tot het verkleinen van de kans op aantasting van de fysieke veiligheid en anderzijds tot het vergroten van veiligheidswinst en de mogelijkheden om met schade om te gaan.

### 31. *Incident(regel)reflex*

We raken hier een interessant thema. De overheid maakt zich zorgen over de in haar ogen overspannen verwachtingen over haar verantwoordelijkheid. Het gaat daarbij niet alleen om verwachtingen aan de zijde van burgers en bedrijven, maar ook om een valkuil aan de kant van de overheid zelf. In geval van een incident kijken burgers en bedrijfsleven naar de overheid en volgt de roep om (desnoods drastische) maatregelen. In dit verband wordt wel gesproken van de ‘risico(regel)reflex’ of ‘incident(regel)reflex’. Vervolgens leidt dat tot overreacties in regelgeving, die niet alleen ongewenste effecten (kunnen) hebben, maar die de verantwoordelijkheid van de overheid in deze nog eens benadrukken. In dit verband worden zowel de legionellautbraak in Bovenkarspel als de vuurwerkramp in Enschede meestal als voorbeelden naar voren geschoven. In de kern vormt dit de achtergrond van het rapport van de WRR uit 2011.<sup>299</sup> Daarin constateert de Raad echter dat er geen solide wetenschappelijk bewijs is voor deze gang van zaken op het vlak van fysieke veiligheid, maar, zo stelt hij, kennelijk nemen politici, bestuurders en ambtenaren haar wel als realiteit. Dat laat-

296. Zie *Onzekere veiligheid. Verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid*, WRR-Rapport nr. 82, Den Haag 2008. Zie in dit verband Spier 2008, G.H. de Vries, ‘Onzekere veiligheid’, *AV&S* 2010, p. 157 e.v. en ook Prins 2009.

297. WRR, *Evenwichtskunst. Over de verdeling van verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid*, Den Haag 2011.

298. Zie ook M. van Asselt en K. Ammerlaan, ‘Schadevoorziening als perspectief: vernieuwing van het denken over verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid’, *O&A* 2012, p. 100 e.v. en P. van Wijck, ‘Over risico, onzekerheid en recht’, *O&A* 2012, p. 112 e.v.

299. WRR 2011, p. 21 e.v.

ste lijkt mij daarom toch van belang: zij kunnen er immers in hun handelen en beslissen wel degelijk door beïnvloed worden.<sup>300</sup>

Illustratief is een bijdrage van hoogleraar staatsrecht (en inmiddels staatsraad) Verhey naar aanleiding van de reactie van bestuurders op de IJslandse aswolk na een vulkaanuitbarsting in 2010.<sup>301</sup> Hij acht haar tekenend voor de manier waarop bestuurders met vraagstukken van veiligheid omgaan. De Europese autoriteiten kondigden meteen een algemeen vliegverbod af, dat al snel als overdreven onder vuur kwam te liggen. Verhey hekelt in dit verband de hedendaagse neiging van bestuurders om absolute veiligheid tot uitgangspunt te nemen. Hij ziet een verkramping bij het openbaar bestuur die leidt tot risicomijdend gedrag. Voorkomen van gevaar en het indekken tegen mogelijke aansprakelijkheid zouden de boventoon voeren. Hij verklaart een en ander met de vrees voor onderzoek achteraf voor het geval er iets misgaat: dan zou met de wijsheid achteraf worden nagegaan wat er is fout gegaan, wie daarvoor verantwoordelijk zijn en welke maatregelen er moeten worden genomen. Verhey ziet een afreken-cultuur ontstaan die het openbaar bestuur uitsluitend gericht doet zijn op het voorkomen van risico's. De prijs van dergelijk indekgedrag is hoog: niet alleen leidt het al snel tot opeenstapeling van bureaucratistische toezichtsmechanismen waarvan mag worden betwijfeld of de baten wel opwegen tegen de kosten, risicomijdend gedrag kan tevens leiden tot grote schade aan economische belangen. Hij benadrukt daarom dat evenwichtige besluitvorming vereist dat men beseft dat nu eenmaal niet elk risico in het menselijk leven kan worden uitgesloten – pech en ongelukkig toeval bestaan – maar ook dat men aanvaardt dat mensen fouten maken.

Wat hier als probleem van overheidsbestuur wordt gezien, kan moeiteloos worden doorgetrokken naar andere situaties. Denk maar aan de rol van financiële toezichthouders in het kader van de kredietcrisis of aan rechterlijke beslissingen over verlenging van TBS. Zelf denk ik dat het van belang is onderscheid te maken tussen het perspectief 'vooraf' en 'achteraf'.<sup>302</sup> De bestuurder, toezichthouder of rechter die voor een bepaalde beslissing staat, moet uiteraard zijn werk goed doen en daarbij niet gehinderd worden door ongewenste vrees voor de consequenties van eventuele verkeerde beslissingen. Deze vrees is ongewenst wanneer zij leidt tot ander gedrag en andere beslissingen dan men eigenlijk van de modelbeslissers zou verwachten. Wat niet wenselijk is, is dat altijd voor de veilige kant wordt gekozen. In een *'better safe than sorry'*-cultuur zou wellicht geen TBS-er meer op verlof mogen. Aan de andere kant is er het achteraf-perspectief.

300. Zie ook de hierna te bespreken kritiek van de Afdeling Advisering Wetgeving van de Raad van State onder 33.

301. L.J.M. Verhey, 'Aswolk. Luchtruim dicht. Bestuurders kiezen graag voor absolute veiligheid', *NRC Handelsblad* 20 april 2010.

302. Zie mijn 'Een aswolk als leermoment', *NJB* 2010, p. 1159.

Wanneer er iets is misgegaan, kunnen getroffen en met recht geïnteresseerd zijn in en belang hebben bij aansprakelijkheid. Het systeem zelf is gediend met het voorkomen van herhaling en met verbetering voor de toekomst. Er is niets mis met deze belangstelling van het systeem en van gedupeerden voor incidenten, integendeel: wanneer er foutief is gehandeld, hebben laatstgenoemden conform de regels van het aansprakelijkheidsrecht recht op vergoeding van de schade en is vanuit het perspectief van het systeem een relevante vraag of het wellicht kan worden verbeterd. Er gaat pas iets mis wanneer we naar aanleiding van een incident inderdaad in de valkuil van de *hindsight bias* stappen en degenen die handelden, moesten beslissen of knopen doorhakten verwijten dat zij op dat moment het overzicht misten dat wij zelf ook pas achteraf na veelal diepgravend en dus tijdrovend onderzoek hebben verkregen.<sup>303</sup>

Zou het pleidooi van Verhey worden uitgelegd als het verlagen van de druk ‘achteraf’ ter verbetering van de positie van bestuurders (toezicht-houders, rechters) ‘vooraf’, dan kan daartegen worden ingebracht dat dit niet zonder bezwaren is. Dat het nu eenmaal altijd mis kan gaan – pech bestaat – en mensen evenmin onfeilbaar zijn, mag geen goedkoop excuus worden dat ieder onderzoek naar mogelijke fouten in de weg staat. Voorkomen moet worden dat het bestuur zich al te gemakkelijk kan verschuilen achter ‘een lastige positie ten tijde van onze beslissing’. Anders blijven leermomenten voor het systeem wellicht onbenut en zouden individuele gedupeerden ten onrechte met lege handen achter kunnen blijven. Vanuit dit perspectief kunnen dan wel weer vraagtekens worden geplaatst bij de nadruk die wel wordt gelegd op *persoonlijke* aansprakelijkheid van degenen die bij de besluitvorming betrokken waren.<sup>304</sup> Dat kan niet alleen ongewenste effecten hebben op de besluitvorming vooraf, een onnodig defensieve houding bijvoorbeeld, maar kan, mocht er desondanks iets zijn misgegaan, ook zeer wel tot gevolg hebben dat relevante en wellicht ook leerzame informatie ‘onder de pet blijft’ of dat adequaat optreden in de richting van getroffen en (uitleg, excuses, eventueel ook erkenning van aansprakelijkheid) op zich laat wachten of zelfs uitblijft.

## 32. *Patronen*

Er is duidelijk sprake van tegenstrijdige ontwikkelingen. Zo hebben we in het algemeen te maken met een terugtrekkende overheid en tegelijkertijd ook met de opkomst van toezicht. De laatste jaren groeit de aandacht voor

303. Ook in de rechtspraak is er steeds meer aandacht voor het gevaar van de *hindsight bias*. Zie bijvoorbeeld HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527-529 (C.C. van Dam) (Vie d’Or) en recent HR 6 december 2013, *RvdW* 2014, 1 (Fortis) waarin de klacht dat de Ondernemingskamer met wijsheid achteraf zou hebben geoordeeld wordt verworpen.

304. Zie echter hierna onder 43.

private handhaving onder invloed van instrumenteel denken over onder meer het aansprakelijkheidsrecht maar ook vanuit het perspectief van bezuinigingen en vermindering van toezichtlasten. Deze ontwikkeling is in het privaatrecht met gemengde gevoelens ontvangen. In ieder geval doet zij vragen rijzen over de verhouding tussen de overheid en de burger die ook de verhouding tussen de staatsmachten raken.

Tegelijkertijd is er een opvallende nadruk op veiligheid in het overheidsbeleid met daarbij overigens veel aandacht voor de ‘managementkant’ van de problematiek: scenario’s, planning, capaciteitsanalyses.<sup>305</sup> Eén van de effecten van de aandacht voor veiligheid in het overheidsbeleid is een centrale positie van de autoriteiten: burgers en bedrijven hebben hoge verwachtingen en kijken in geval van een incident naar de overheid die vervolgens ook haar verantwoordelijkheid zal willen nemen. In dit verband wordt wel gesproken van een incident(regel)reflex.<sup>306</sup> Weliswaar zou hiervoor voldoende wetenschappelijk bewijs ontbreken, maar politici, bestuurders en ambtenaren zien haar wel als realiteit. Zo kan zij toch een rol spelen. Een niet denkbeeldig gevaar is het ontstaan van een ‘*better safe than sorry*’-cultuur die verschillende bezwaren heeft. Zo geeft deze verder voedsel aan hoge verwachtingen omtrent veiligheid en het uitblijven van incidenten of schade. De indruk zou kunnen ontstaan dat de overheid alles onder controle heeft of zou moeten hebben. Aan de kant van het bestuur en zijn ambtenaren dreigt risicomijdend gedrag en een indekultuur. Dat kan weer leiden tot uitbreiding van de bureaucratie of opeenstapeling van toezichtsmechanismen waarmee uiteraard steeds kosten zijn gemoeid. Defensief gedrag of te snel ingrijpen kan, zo leert bijvoorbeeld de IJlandse aswolk, bovendien ook leiden tot economische schade.

In Haagse kringen is sprake van duidelijk ongenoegen over de verwachtingen bij burgers en bedrijven omtrent de verantwoordelijkheid van de overheid in dit verband. Opvolgende kabinetten hebben de behoefte aan andere verantwoordelijkheidsverdelingen uitgesproken. Ook in dit verband gaat het om ‘participatie’ en ‘eigen verantwoordelijkheid’. Eén van de verschijningsvormen is de nadruk op het stimuleren van zelfredzaamheid bij rampen en crises. In het kader van fysieke veiligheid heeft de WRR in verband met nieuwe en onzekere risico’s waaraan onze samenleving nog zal worden blootgesteld, geadviseerd het voorzorgsbeginsel serieus te nemen en daarom ook wettelijk te verankeren. Aldus zou een meer proactieve houding worden bevorderd, niet alleen bij de overheid maar nadrukkelijk ook bijvoorbeeld bij private actoren. In een tweede rapport zet de Raad zijn

305. Illustratief voor de Nederlandse cultuur/houding ten aanzien van rampen en crises zou zijn dat veel beleidsmatige aandacht uitgaat naar preventie en respons, maar minder naar compensatie en andere behoeften van betrokkenen in de afwikkelingsfase.

306. Zeker ook op het vlak van de financiële crises is wel degelijk sprake van ‘meer overheid (en toezichthouders) en meer regulering’. Zie hiervoor onder 15 en 16.

geld op schadevoorziening waarbij doel is de diverse betrokkenen te prikkelen tot het nemen van maatregelen én het treffen van voorzieningen in welk verband onder meer ook aan verzekering kan worden gedacht. Beide rapporten leiden inderdaad tot een zekere wijziging in de verantwoordelijkheidsverdeling. Opmerkelijk genoeg heeft het kabinet nog altijd geen wezenlijk resultaat kunnen boeken aan het front van de *first party*-verzekerbareheid, terwijl dat een nogal voor de hand liggende manier is om de druk op de overheid te verminderen. Hier lijkt politiek opportunisme echter de doorslag te geven: geen extra lastenverzwaring in deze tijden.

Dat laatste is natuurlijk niet zonder betekenis: de financieel-economische crisis duurt al een aantal jaren en het inzicht dat het geen tijdelijke 'dip' is groeit. Het kabinet Rutte II ziet zich nog altijd voor grote uitdagingen gesteld. De Raad van State neemt in zijn Jaarverslag 2012 wezenlijke veranderingen in de verhouding tussen de overheid en de burger waar.<sup>307</sup> De Staat is in transitie, bevindt zich in een overgangssituatie. Hervormingen, maatregelen en bezuinigingen stapelen zich bovendien op, waarbij de Raad waarschuwt voor het gevaar van onvoorziene effecten als gevolg van een cumulatie van veranderingen (decentralisering, versobering, minder inkomen). Verder constateert hij een ontwikkeling waarin bestuurlijke slagvaardigheid voorop staat en wetten enkel worden beschouwd als instrumenten die veranderingen kunnen en moeten realiseren. In deze sterk instrumentele visie moet de rechter dan maar bewaken of het ook om recht gaat. De Raad laat hier duidelijk kritiek doorklinken: steeds zou van rechtsvorming sprake moeten zijn, overheidsbeleid en overheids-handelen moeten in een rechtsstaat steeds ook voldoen aan het rechtsgevoel en aan fundamentele beginselen van recht. In dit verband maakt de Raad zich, in verband met decentralisering, bijvoorbeeld zorgen over rechtsgelijkheid. In hetzelfde jaarverslag wordt door de Afdeling Advisering Wetgeving gewezen op de wonderlijke verhouding tussen regeldruk en regelreflex.<sup>308</sup> Eigenlijk is van een paradoxale situatie sprake: aan de ene kant wensen opeenvolgende kabinetten de regeldruk te verminderen, tegelijkertijd ziet de Afdeling juist nu voorstellen voorbijkomen waarin het handelen van burgers, bedrijven of overheden tot in detail wordt genormeerd of regels die een reflex zijn op gebeurtenissen die het nieuws hebben gehaald maar waarvan de effectiviteit en doelmatigheid kunnen worden betwijfeld. De inhoud van de adviezen op dit punt laat zich raden: alleen nieuwe wetgeving invoeren indien de noodzaak is komen vast te staan en er geen minder ingrijpende alternatieven blijken te zijn.

Voor het onderhavige thema zijn relevant de instrumentele visie op wetten en regels en in de in dat verband soms overspannen verwachtingen bij

307. Raad van State, 'De Raad in de staat', *Jaarverslag 2012*, Den Haag 2012/2013, p. 9 e.v.

308. Raad van State, 'De Raad als adviseur', *Jaarverslag 2012*, Den Haag 2012/2013, p. 46.

beleidsmakers over de maakbaarheid van de samenleving, cumulatieve problemen waartoe stapeling van maatregelen aanleiding kan geven (ongewenste of zelfs averechtse effecten) en het gegeven dat het recht en rechtsbeginselen onder druk staan in regelgeving zodat een zware verantwoordelijkheid ligt bij de rechter. In dit verband kan bijvoorbeeld aan de benadering bij de financiële crises worden gedacht. Niet alleen lijkt daar ook sprake van een sterk geloof in wetten in ter beïnvloeding van gedrag (instrumentalisme), maar worden in het kader van de rechtsbescherming ook, zoals ik eerder schreef,<sup>309</sup> ‘grote woorden’ gebruikt. Het is aan de rechter om bijvoorbeeld te beoordelen of geen fundamentele rechten zijn geschonden.

#### IV. Bonte lappendeken met duidelijk (overheids)motief

##### 33. *Agenda*

Hoewel vanuit privaatrechtelijk perspectief de nadruk sterk op de vergoedingsproblematiek en daarmee op de afwikkelingsfase ligt, is ook duidelijk dat getroffen en op de nodige problemen stuiten juist ook bij het benutten van normale private vergoedingsmechanismen als *first party*-verzekering en het aansprakelijkheidsrecht. Het effect is dat naar de overheid wordt gekeken en dat die soms, zij het niet altijd, inspringt en zich daarbij ook weer van uiteenlopende constructies bedient. Daarbij speelt ook het type ramp of crisis een rol. Hierna wordt eerst benadrukt dat het in de afwikkelingsfase gaat om méér dan alleen vergoeding. Daarna wordt aan de hand van een aantal lessen uit het verleden ingegaan op de problematiek van de *first party*-verzekeraarbaarheid en de relatie tot eventuele overheidsvoorzieningen, het beperkte verhaal dat aansprakelijke daders bieden, de rol van de overheid bij het bevorderen van verzekeraarbaarheid van schade en het beperkte toepassingsbereik van de WTS en het overheidsbeleid met betrekking tot het treffen van *ad hoc*-voorzieningen. In het bijzonder op het vlak van de uitvoering van de agenda van ‘Solidariteit met beleid’ valt winst te behalen, maar dan zal de regering wel bereid moeten zijn bepaalde nogal politiek getinte argumenten te laten varen. Hier zou meer daadkracht gewenst zijn.

##### 34. *Het gaat om méér dan schadevergoeding*

Het is verleidelijk om te stellen dat het in de afwikkelingsfase alleen om schadevergoeding gaat. Dan zou de focus om meerdere redenen te beperkt

309. Hiervoor onder 26.

zijn. Betroffenen gaat het ook om andere zaken dan enkel compensatie (immateriële behoeften als behoefte aan de waarheid, erkenning en genoegdoening) en bovendien zijn er ook nog de belangen van anderen zoals overheden, toezichthouders en andere zorgdragers.

Slachtoffers hebben behalve een direct vergoedingsbelang (liefst worden slachtoffers zo concreet en volledig mogelijk schadeloos gesteld), ook meer immaterieel te noemen behoeften. Al naar gelang het ramp- of crisistype verschilt de behoefte aan informatie, waarheid, genoegdoening, erkenning en eventueel zelfs bestraffing. Zo zullen genoegdoening, erkenning en zeker bestraffing vooral relevant zijn wanneer op de een of andere manier ‘mensenhand’ in het geding is. Maar ook in geval van een natuur-ramp kan de behoefte aan een onderzoek naar wat er precies is gebeurd en of er adequaat is opgetreden relevant zijn. Steeds zullen, naar mag worden aangenomen, getroffen en serieus genomen willen worden.

De belangen van ‘het systeem’ en van overheden en toezichthouders lopen ten dele parallel: zo hebben zij allemaal belang bij het voorkomen van herhaling en verbetering voor de toekomst. Tegelijkertijd is er, zeker in de praktijk, ook sprake van een spanning: zo zien overheden en toezichthouders de afwikkeling liefst vlot en efficiënt verlopen zonder dat hun handelen en/of financiële middelen in het geding zijn. In dit verband lijkt angst voor aansprakelijkheid<sup>310</sup> en precedentwerking de reactie op verzoeken of claims van getroffen en te beïnvloeden. Zij uit zich onder meer in een kille en zakelijke ontvangst, de neiging om de rechtmatigheid van het overheidshandelen te benadrukken en een zekere starheid bij het betuigen van spijt of het maken van excuses.

Vanuit privaatrechtelijk perspectief is het systeem van ‘aansprakelijkheid en verzekering’ interessant. Het biedt niet alleen het hoogste vergoedingsniveau (volledige vergoeding van concreet geleden vermogensschade en onder voorwaarden ook nog een recht op smartengeld), maar ook nog voldoende potentieel op het vlak van de genoemde immateriële behoeften.<sup>311</sup> Daarvan profiteren natuurlijk primair de slachtoffers, maar eventueel ook het systeem bijvoorbeeld in verband met preventie.<sup>312</sup>

310. Daarvoor is in de regel weinig aanleiding. De betekenis van het overheidsaansprakelijkheidsrecht voor incidenten, rampen en calamiteiten blijkt immers beperkt.

311. Natuurlijk is het aansprakelijkheidsrecht niet zaligmakend. Waar eisers in het aansprakelijkheidsrecht vaak nadrukkelijk op zoek zijn naar méér dan vergoeding, komen zij er al snel achter dat dat systeem juist op emotioneel vlak ook belastend om niet te zeggen frustrerend is. Zie A.J. Akkermans, ‘De emotionele kosten van het geschil’, in *De kosten van het geschil*, LSA, Den Haag: Sdu 2008, p. 93 e.v.

312. Zie ook M.G. Faure en J. De Mot, ‘Overheidsaansprakelijkheid: doelen en remedies’, in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. 71 e.v. die in dit verband wijzen op het belang van overheidsaansprakelijkheid voor het genereren van preventieve prikkels en van informatie.

De praktische betekenis van ‘aansprakelijkheid en verzekering’ voor de schade als gevolg van rampen en crises is echter beperkt. Dat heeft diverse oorzaken:

- soms is er geen aansprakelijkheid (natuurrampen);
- soms is er onduidelijkheid over de aansprakelijke persoon of is deze onvindbaar, zijn er serieuze causaliteitsproblemen en/of is hooguit van beperkte schade (strooischade) sprake (terrorisme, voedselveiligheid, Q-koorts, *cyber*);
- soms is er wel aansprakelijkheid van de direct betrokkene (primaire veroorzaker), maar is hij niet voldoende tegen aansprakelijkheid verzekerd en ook anderszins niet voldoende solvabel (‘Bovenkarspel’, ‘Enschede’, ‘Volendam’; technologische rampen in het algemeen);
- overheidsaansprakelijkheid en toezichthoudersaansprakelijkheid (aansprakelijkheid van zijdelingse laedentes) in dit verband worden (zeer) terughoudend benaderd in de rechtspraak van de Hoge Raad (‘Enschede’, Duwbak Linda en Vie d’Or<sup>313</sup>) of is zelfs wettelijk beperkt (art. 1:25d Wft).

Dit betekent dat genoemd potentieel niet wordt benut. Vanuit slachtofferperspectief houdt dit in dat zij hun heil in andere compensatiemechanismen moeten zoeken. Deze leiden in de regel in ieder geval niet tot volledige vergoeding van schade; hooguit geven zij aanleiding tot een uitkering of tegemoetkoming. Ook op het vlak van andere behoeften dan de puur financiële hebben zij duidelijk minder te bieden dan het systeem van ‘aansprakelijkheid en verzekering’. Niet voor niets benadrukt de overheid zowel in geval van toepassing van de WTS als van een eventuele *ad hoc*-regeling dat hiermee geen aansprakelijkheid is erkend, dat enkel een gebaar wordt gemaakt en/of sprake is van een uiting van maatschappelijke solidariteit. Uiteraard kan ook langs andere weg wel aan de bevrediging van bepaalde immateriële behoeften worden bijgedragen. In dit verband kan evaluatieonderzoek waarmee zowel het systeem, gezagsdragers als slachtoffers in principe gediend zijn, natuurlijk uitkomst bieden, zij het dat vooral slacht-

313. Resp. HR 9 juli 2010, *RvdW* 2010, 898, HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 (JH) en HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527-529 (C.C. van Dam). In de doctrine wordt een ontwikkeling in de richting van (steeds) meer terughoudendheid geconstateerd. Zie onder meer B.J. van Ettekovén e.a., ‘Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling’, *O&A* 2013, p. 49 e.v., T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, ‘Inleiding: coulant compenseren?’, in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. XIII e.v. en ook E.J. Daalder, ‘Beperking van aansprakelijkheid van de overheid: door wie en wanneer? Reflecties over de rol van rechtspolitieke overwegingen bij de oordeelsvorming over overheidsaansprakelijkheid’, in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. 255 e.v.

offers nogal eens teleurgesteld worden wanneer eventuele conclusies van een dergelijk onderzoek worden ingebracht in aansprakelijkheidsrechtelijke procedures ('Enschede', Q-koorts). Voor hen blijft het belangrijk om ook recht te doen aan de geconstateerde feiten; zeker waar het gaat om de rol van overheid en toezichthouders gebeurt dat in hun ogen niet altijd. Een belangrijk punt is het behoorlijk omgaan met claims, zelfs als zij (moeten) worden afgewezen. Hoewel deze problematiek al de nodige beleidsmatige aandacht heeft gekregen, lijkt er nog wel verbetering te realiseren.

### 35. *Behoorlijk omgaan met schadeclaims*

De afgelopen jaren is er vooral ook door bemoeienis van Nationale Ombudsman Brenninkmeijer aandacht voor het behoorlijk omgaan met schadeclaims. Deze aandacht sluit aan bij ontwikkelingen in het algemene aansprakelijkheidsrecht. Herhaaldelijk is al aangegeven dat er in dit verband meer en meer wordt gedaan met het gegeven dat slachtoffers ook andere behoeften dan puur financiële hebben. Het gaat daarbij in het bijzonder om erkenning en genoegdoening. In dezelfde sfeer ligt de groeiende aandacht, onder meer in het kader van de medische aansprakelijkheid, voor openheid, het toegeven van fouten, het betuigen van spijt en het maken van excuses.<sup>314</sup> Zij zijn belangrijk, niet alleen om zo recht te doen aan wat er is gebeurd, maar ook om onnodige verharding in de onderlinge relatie met alle gevolgen van dien in het verdere traject te voorkomen.

Voor de overheid geldt, ook in het kader van rampen en calamiteiten, dat zij met diverse typen claims en vormen van aansprakelijkheid kan worden geconfronteerd. De neiging om daarop standaard met terughoudendheid ('regel is regel', het overheidsoptreden was rechtmatig), afwachtend, formeel en/of afwijzend te reageren, heeft een prijs. Zij kan leiden tot onnodige verharding en jurisdisering, tot claims die anders wellicht achterwege waren gebleven en tot een procescultuur rond overheidsaansprakelijkheid.<sup>315</sup> De Nationale Ombudsman heeft in 2009 een rapport uitgebracht over het behoorlijk omgaan met schadeclaims waarin niet zozeer de juridische kant, maar juist ook de behoorlijkheid aan de orde wordt gesteld.<sup>316</sup> In dit verband verlangt hij een conflictoplossende, coulante, terughoudende processuele en proactieve opstelling die in de vorm van een Schadevergoedingswijzer is uitgeschreven. Rapport en Schadevergoedingswijzer<sup>317</sup>

314. Zie onder meer A.J. Akkermans, J.E. Hulst, E.M. Uijttenbroek en K.A.P.C. van Wees, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 6772 (2008), p. 778 e.v.

315. Vgl. reeds A.F.M. Brenninkmeijer, 'Behoorlijk omgaan met overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2005, p. 104 e.v.

316. Nationale Ombudsman, *Behoorlijk omgaan met schadeclaims*, rapport 2009/135 (24 juni 2009), Den Haag 2009.

317. Zie voor de tekst *O&A* 2010, p. 2 e.v.

zijn goed ontvangen<sup>318</sup> en in de kern ook onderschreven door het kabinet.<sup>319</sup> Eén van de aandachtspunten blijft natuurlijk de vraag hoe de overheid beschermd kan worden tegen ongerechtvaardigde claims. Niet steeds gaat het immers over gevallen waarin de overheid fouten heeft gemaakt en buiten discussie is dat daardoor schade is ontstaan en de overheid daarvoor verantwoordelijkheid moet dragen.<sup>320</sup> Bovendien valt vaak ook wel wat te zeggen over de rol van de andere partij in het conflict of zelfs haar rol in het ontstaan van de schade.<sup>321</sup> Dat maakt dat debat en strijd niet steeds te vermijden zijn. Zeker wanneer het in de beleving van direct betrokkenen gaat om verantwoordelijkheid, waarheid en ‘schuld’, is het bijna onvermijdelijk dat partijen die hieromtrent verschillende ideeën of percepties hebben zich niet snel gewonnen zullen geven en het debat met de ander aangaan.<sup>322</sup>

Dat neemt niet weg dat behoorlijk omgaan met schadeclaims mij inderdaad niet alleen sympathiek maar ook verstandig lijkt. Onnodige juridisering ware te voorkomen. In dit verband kunnen ook een betaling uit coulance, het betuigen van spijt of het maken van excuses zinvol zijn.<sup>323</sup> Dat laatste is, anders dan wel wordt gedacht en vaak wordt gevreesd, nog geen erkenning van aansprakelijkheid. Meer begrip en aandacht kunnen claims voorkomen of beperken én de doeltreffendheid van een eventuele vergoeding vergroten. Zo zouden vrijwillige in plaats van afgedwongen vergoedingen meer bijdragen aan de bevrediging van de behoeften van getroffenen en aan (herstel van) vertrouwen bijvoorbeeld.<sup>324</sup>

Theorie is echter nog niet meteen praktijk, zoals onder meer ook de Q-koorts-affaire laat zien. Mede in dit verband verdient opmerking dat als reactie op het rapport van de Ombudsman is gewezen op de specifieke meerwaarde van (een procedure in) het (overheids)aansprakelijkheidsrecht

318. Zie bijvoorbeeld J. Hoitink, ‘Behoorlijk omgaan met schadeclaims: wees coulant, maar met verstand’, *O&A* 2010, p. 4 e.v. en D. Allewijn, ‘Behoorlijk omgaan met *indiensers* van schadeclaims’, *O&A* 2010, 15 e.v.

319. *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32123 VI, nr. 88.

320. Zie de kritiek van Hoitink 2010, p. 13-14.

321. Zie ook Allewijn 2010, p. 22-23.

322. Waar eisers emotioneel belang hechten aan het claimen, moeten we niet verbaasd zijn dat ook de aangesprokenen niet neutraal staan tegenover een jegens hen ingestelde claim.

323. Zie A.F.M. Brenninkmeijer, N. van der Bijl en Y.M. van der Vlugt, ‘Schadevergoeding en excuses vanuit het perspectief van de behoorlijkheid. Een schadeclaim als motie van wantrouwen’, in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 97 e.v.

324. Zie P.T.M. Desmet, ‘De psychologie van financiële compensaties: maakt geld alles goed?’, in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 583 e.v.

juist voor slachtoffers van rampen.<sup>325</sup> het kunnen doen van het eigen verhaal, ter verantwoording roepen van de laedens en het participeren in een proces tegen de laedens. Los van de vraag of in dit verband per se een juridische procedure nodig is, is de vraag of deze meerwaarde bij rampen werkelijk geboekt wordt.<sup>326</sup> Uiteindelijk worden claims, als ze al tot procedures leiden, in de grote zaken, zo is gebleken, meestal afgewezen. Daarbij zal bij eisers de teleurstelling en frustratie, zeker in gevallen waarin evaluatieonderzoeken een fundament aan hun claim (lijken te) geven, waarschijnlijk zwaar(der) wegen.

### 36. *Diversiteit is troef*

Duidelijk is dat er rampen en crises in soorten en maten zijn. De specifieke kenmerken hebben consequenties voor preventiestrategie, voor de wijze waarop in de acute fase moet worden opgetreden, maar laten zich ook gelden in het kader van de vergoedingsproblematiek. Zo is al lang duidelijk dat het aansprakelijkheidsrecht belangrijker is voor technologische rampen en andere gevallen waarin op de een of andere manier ‘mensenhand’ in het geding is dan bijvoorbeeld voor natuurrampen. In de praktijk blijkt die meerwaarde echter in veel gevallen ook nog (zeer) beperkt. Om meerdere redenen (rechtvaardigheid, prikkelwerking) valt natuurlijk te betreuren dat de veroorzakers niet of maar moeilijk binnen het aansprakelijkheidsrecht kunnen worden aangepakt. Ook vanuit vergoedingsperspectief is dat teleurstellend. Voor slachtoffers treft het dan dat er ook nog diverse andere vergoedingsmechanismen zijn. En ook hier is diversiteit troef. Behalve het aansprakelijkheidsrecht (en de in dat verband belangrijke aansprakelijkheidsverzekering), gaat het om voorzieningen aan de kant van gelaedeerden, waaronder behalve private first party-verzekeringen ook de sociale zekerheid mag worden gerekend, en om bijzondere overheidsvoorzieningen. Waar het aansprakelijkheidsrecht een hoog vergoedingsniveau (volledige vergoeding van vermogensschade en onder omstandigheden ook van immateriële schade) koppelt aan een aantal belangrijke voorwaarden (hoge drempels), zijn de andere mechanismen laagdrempeliger, maar bieden zij tegelijkertijd ook een lager vergoedingsniveau. In het kader van het preadvies gaat het in de kern om de vraag of er op de een of andere manier vergoeding mogelijk is van schade die niet al langs andere weg vergoed is. In dit verband wordt in het bijzonder naar de overheid gekeken. Verschillende grondslagen komen dan in beeld:

325. A.J.J.G. Schijns, ‘Het ombudsmanrapport *Behoorlijk omgaan met schadeclaims* in het licht van de behoeften van slachtoffers van rampen’, *O&A* 2010, p. 24 e.v.

326. Zo ook A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Verantwoord omgaan met publieke middelen’, *O&A* 2010, p. 56-57.

- aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad;
- aansprakelijkheid uit rechtmatige daad/verplichte nadeelscompensatie;<sup>327</sup>
- toepassing van de WTS;
- onverplichte vergoeding op *ad hoc*-basis.<sup>328</sup>

Afhankelijk van de grondslag die het betreft verschillen de voorwaarden die moeten zijn vervuld, de (omvang van de) vergoeding en ook de wijze waarop eventuele rechtsbescherming wordt geboden. Wat de rol van de overheid is en welke verantwoordelijkheid zij zou moeten hebben, blijft een lastig thema. Een aantal zaken is echter wel duidelijk geworden.

### 37. *Lessen uit het verleden*

Het verleden heeft ons in ieder geval geleerd dat:

- het aansprakelijkheidsrecht een beperkte betekenis heeft voor rampen én crises;
- aan het front van private *first party*-verzekeringen soms weinig of niets te halen is (denk aan overstromingsschade, natuurrampen);
- (mede) als gevolg hiervan de druk op de overheid groot is ('grootste zak betaalt'<sup>329</sup>); daarbij gaat het niet alleen om claims ter zake van overheidsaansprakelijkheid, maar wordt zij ook op basis van andere grondslagen aangesproken;
- de WTS structuur en houvast had moeten brengen, maar daarin niet is geslaagd;
- buiten de WTS om diverse *ad hoc*-regelingen getroffen moesten worden;
- de overheid in dit verband met haar positie worstelt.

Liefst ziet de overheid de druk op haar en de financiële middelen vermindert worden. Dat kan onder meer bereikt worden door ervoor te zorgen dat veroorzakers beter aangepakt kunnen worden én door er in andere gevallen voor te zorgen dat de private verzekeringsmogelijkheden aan de kant van slachtoffers verbeteren. In dit verband moeten we nog beter kijken naar het

327. M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2010 en de bijdragen in deel III van T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 327 e.v.

328. Zie ook M.K.G. Tjepkema, 'Tegemoetkomingen van overheidswege: ongeregeld en ondoorzichtig bestuur anno 2014', *NTB* 2014, p. 18 e.v. die nog veel meer voorbeelden geeft en erkenning en regeling van de figuur van de tegemoetkoming bepleit.

329. De overheid heeft 'the deepest pockets'. Zie in dit verband de Machiavelli-lezing ('Veiligheid: zorg voor overheid en burger') van minister Korthals (19 november 2001) te vinden op [www.stichtingmachiavelli.nl](http://www.stichtingmachiavelli.nl).

door de regering omarmde rapport van de commissie Borghouts. Wat is hiervan nu terechtgekomen? Lastig is en blijft ook de consistentie van het overheidsoptreden. Zojuist is nog aangegeven dat diverse grondslagen in beeld kunnen komen. Op het 'totaalplaatje' is forse kritiek geuit door Damen.<sup>330</sup> Hij hekelt:

- het ontbreken van iedere consistentie: nu eens blijkt de overheid een 'geldmachine', dan een 'pechdemper' en in andere gevallen betaalt zij helemaal niets;<sup>331</sup>
- het feit dat in het bijzonder de agrarische sector van overheidsregelingen bijvoorbeeld in het kader van oogstschade als gevolg van slecht weer profiteert en daarmee op een opmerkelijke manier wordt bevoordeeld ten opzichte van andere sectoren in de samenleving;
- het feit dat in het beleid met betrekking tot overheidsvergoedingen te weinig recht wordt gedaan aan de gedachte dat de vervuiler eigenlijk zou moeten betalen (waarbij naar Chemie-pack Moerdijk wordt verwezen);
- het feit dat de gevolgen van het nemen van risico, bijvoorbeeld door de bancaire sector, te weinig voor eigen rekening worden gelaten en in plaats daarvan op de algemene middelen worden afgewenteld.

Ook Damen raakt daarmee duidelijk aan uitgangspunten die steeds weer opduiken: idealiter is het de veroorzaker (vervuiler) die betaalt en niet de overheid en daar waar potentiële slachtoffers, zoals in de agrarische sector, problemen ondervinden bij het afdekken van bepaalde risico's ligt het uitbreiden van verzekeringsmogelijkheden ook weer meer voor de hand dan dat de overheid de beurs trekt. Valt meer te zeggen over fondso oplossingen die door de overheid worden gecreëerd?

### 38. *Visie op overheidsschadefondsen?*

Zij komen al snel in beeld, wanneer gelaedeerden problemen ondervinden bij het beproeven van andere vergoedingssystemen. Soms blijken de drempels van het aansprakelijkheidsrecht niet of moeilijk te nemen hindernissen, maar zelfs wanneer het aansprakelijkheidsrecht wel mogelijkheden biedt, is vergoeding nog niet gegarandeerd. Veroorzakers blijken immers lang niet altijd voldoende tegen aansprakelijkheid verzekerd en ook anderszins veelal niet voldoende solvabel. Dan komt voor slachtoffers al

330. L.J.A. Damen, 'Is de staat een 'geluksmachine', een 'pechdemper' of geen van beide?', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. 3 e.v.

331. Zie ook T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, 'Inleiding: coulant compenseren?', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. XVI e.v.

snel de overheid in beeld. Dat gebeurt ook wanneer men wordt getroffen door een onheil waarvoor men zich graag wilde verzekeren, maar dat niet mogelijk is: aardbeving, watersnood, overvloedige regenval. De overheid heeft voor een aantal van genoemde problemen inderdaad voorzien in een incidentele of structurele fondsooplossing.<sup>332</sup> Terughoudendheid is echter gerechtvaardigd.<sup>333</sup> Waar verzekeringsproblemen aan de zijde van slachtoffers aan de orde zijn, is niet gezegd dat de overheid zonder meer moet instappen: het bevorderen van de verzekerbaarheid in overleg met de branche en eventueel onder druk van het mededingingsrecht ligt meer voor de hand. Gaat het om gevallen waarin eigenlijk het aansprakelijkheidsrecht in beeld had moeten komen, dan is er opnieuw maar weinig ruimte voor fondsen die door de overheid worden gefinancierd. Vanuit preventie- en rechtvaardigheidsoogpunt ligt immers financiering door veroorzakers in de mate waarin zij aan het ontstaan van het risico hebben bijgedragen voor de hand, hetgeen in beginsel het beste binnen het systeem van aansprakelijkheidsrecht en aansprakelijkheidsverzekering gewaarborgd is. Is dat in concreto niet mogelijk dan kan een overheidsfonds om te voorkomen dat vergoeding plaatsvindt ten laste van personen die niet hebben bijgedragen aan het risico (negatieve herverdeling) aangewezen zijn, zij het dat dan de politieke vraag rijst of voor een voorkeursbehandeling van een bepaalde categorie getroffen en aanleiding bestaat. Wanneer fondsooplossingen in beeld worden gebracht, ware men zich bewust van de bezwaren die eraan verbonden kunnen zijn (negatieve herverdeling, ongelijke behandeling, incidentenpolitiek).

De conclusies en aanbevelingen van de Commissie Borghouts, waarover hierna meer, sluiten hierbij goed aan. En het is daarom ook goed dat het kabinet deze in hoofdlijn onderschrijft. Implementatie blijkt vervolgens niet eenvoudig: het is allemaal gemakkelijker gezegd dan gedaan. Dat neemt niet weg dat ook de overheid, net als getroffen en de politiek, nadrukkelijk op zoek is naar houvast en structuur. Naar aanleiding van de uitbraak van de Q-koorts, de gevolgen van besmetting met de klebsiellabacterie in het Rotterdamse Maasstadziekenhuis en de schietpartij in Alphen aan de Rijn (Tristan van der V.) heeft de Tweede Kamer de regering gevraagd om een standpunt met betrekking tot de compensatie van de slachtoffers en de verantwoordelijkheid van de overheid daarbij. Is er reden voor een bijzondere overheidsvoorziening? Bij brief van minister Schipper

332. Het Europese plaatje is een stuk ingewikkelder: soms is sprake van fondsooplossingen, structureel, maar vaak ook *ad hoc*, soms van (*first party*-)verzekeringsoplossingen. Op dit vlak doen zich bovendien ook nog de nodige verschuivingen voor. Zie M. Faure en T. Hartlief (red.), *Financial Compensation for Victims of Catastrophes. A Comparative Legal Approach*, Wenen/New York: Springer 2006 en V. Bruggeman, *Compensating catastrophe victims. A comparative law and economics approach*, diss. Maastricht, Maastricht 2010.

333. Faure en Hartlief 2002, p. 286 e.v.

heeft de regering haar visie op schadefondsden (nog eens) toegelicht.<sup>334</sup> Haar benadering is klassiek: uitgangspunt is dat ieder zijn eigen schade draagt, tenzij een ander aansprakelijk is of sprake is van een verzekering. De regering ziet geen aanleiding voor een schadefonds of ‘no fault’-systeem voor ‘allerhande tegenslag’. Bij invoering van een schadefonds van overheidswege zou worden getornd aan het Nederlandse rechtssysteem waarin voor aansprakelijkheid van de aangesproken persoon in beginsel verwijtbaarheid en causaliteit noodzakelijk zijn. Bovendien is een dergelijk schadefonds kostbaar en moet niet uit het oog worden verloren dat er al een voor iedereen toegankelijk zorgsysteem is evenals een sociaal vangnet.

Het blijft dan lastig uit te leggen dat er soms toch wél meer voor een bepaalde categorie slachtoffers wordt gedaan, terwijl andere op de zojuist genoemde koele ontvangst stuiten. Wat is dan precies de rechtvaardiging daarvoor? Het grote aantal slachtoffers op één moment, de media-aandacht, de wijze waarop bewindslieden zich kort na de ramp hebben geuit en de verwachtingen die daarmee zijn gewekt? Is de ene ramp aansprekender dan de andere? Bij de ene doet de overheid niets, bij de andere wel, zij het ook daar nu eens meer dan weer minder. Die problemen kwamen we al tegen bij de bespreking van de Q-koorts- en de legionella-problematiek.<sup>335</sup> De regering heeft in het kader van Q-koorts 10 miljoen euro beschikbaar gesteld aan een onafhankelijke stichting om patiënten toekomstgerichte ondersteuning te bieden,<sup>336</sup> maar individuele tegemoetkomingen mocht de stichting niet toekennen.<sup>337</sup> Daarvoor ziet de regering, onder verwijzing naar de zojuist genoemde brief over haar visie op schadefondsden, geen grond. In de kern verwijst de minister hier naar basale uitgangspunten: voor aansprakelijkheid is een specifieke grondslag nodig en voor overheidsaansprakelijkheid dus ook verwijtbaarheid en toerekenbaarheid. Daarbuiten hebben we een goed ontwikkeld systeem van verzekeringen en sociale zekerheid dat als sociaal vangnet dient. Een onverplichte individuele financiële tegemoetkoming aan Q-koorts-patiënten gaat aan deze uitgangspunten voorbij en schept een precedent. Anders dan in het verleden bij bijvoorbeeld ‘Bovenkarspel’ ziet de regering nu geen aanleiding voor het maken van een financieel gebaar als vergoeding voor geleden immateriële schade. In dit verband wijst zij erop dat zij in het licht van ‘Solidariteit met beleid’ juist terughoudend wil zijn: dergelijke regelingen wekken ten onrechte de indruk dat de overheid uiteindelijk schade vergoedt als die niet gedekt wordt door het genoemde stelsel van collectieve en private verze-

334. *Kamerstukken II*, 2011-2012, 31765, nr. 52.

335. Hiervoor onder 10 en 11.

336. *Kamerstukken II*, 2011-2012, 28286, nr. 569.

337. *Kamerstukken II*, 2012-2013, 28286, nr. 610, p. 2.

keringen.<sup>338</sup> In het kader van de legionella-problematiek moest minister Opstelten juist uitleggen waarom slachtoffers van de Bijlmerramp een hogere tegemoetkoming van de overheid konden krijgen dan die in ‘Bovenkarspel’. In zijn antwoord wijst de minister ook weer op de terughoudendheid die uitgangspunt is: slechts in een aantal zeer aansprekende gevallen waarin ook sprake was van letselschade (‘Bovenkarspel’, ‘Volendam’, ‘Enschede’ en de Bijlmerramp) heeft de overheid gemeend regelingen te moeten treffen. Deze zijn steeds *ad hoc* vastgesteld en de hoogte van de vergoeding werd bepaald aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval zoals de mate waarin benadeelden reeds via andere weg gecompenseerd werden, de schadesoort en de omvang van de schade. Een onderlinge vergelijking van in het verleden getroffen regelingen zou daarom niet goed mogelijk zijn.<sup>339</sup> Ik denk eerlijk gezegd dat die vergelijking wel mogelijk is en dat daaruit zou blijken dat bij de latere regelingen wel degelijk met een schuin oog is gekeken naar eerder toegepaste regelingen. Of vervolgens een deugdelijke verklaring voor de concrete verschillen valt te geven, kan ik niet steeds overzien. Dat de ene ramp de andere niet is en daarom ook om een specifieke afwikkeling vraagt waarin op punten wordt afgeweken van uitgangspunten die bij andere rampen wel zijn toegepast, lijkt mij reëel. Verschillen moeten mogelijk zijn, maar een goed verhaal is daarbij wel nodig. Dat zou in het verleden best hebben kunnen ontbreken.

In de visie van de regering is men in uitgangspunt overgeleverd aan het aansprakelijkheidsrecht of aan eigen voorzieningen en het sociale vangnet. Slechts in enkele, ‘zeer aansprekend’ genoemde, gevallen van letselschade zijn bijzondere regelingen getroffen. Sinds ‘Solidariteit met beleid’ is de overheid zeker niet royaler geworden en wenst zij eerder terughoudender te zijn, zo hebben onder anderen de slachtoffers van de Q-koorts, die van de schietpartij in Alphen aan de Rijn en ook die van de brand bij Chemie-Pack in Moerdijk ondervonden. In het laatste geval is, net als destijds bij ‘Enschede’ en ‘Volendam’ de WTS niet van toepassing verklaard vanwege de verhaalbaarheid en verzekeraarbaarheid van de schade. Ook voor een *ad hoc*-regeling ziet het kabinet geen aanleiding. De terughoudendheid bij de overheid geldt zeker in gevallen waarbij verhaalbaarheid op de veroorzaker aan de orde is. Bovendien wenst zij ongewenste precedentwerking te voorkomen.<sup>340</sup> Ook ondernemers stuiten op dit beleid. Onder verwijzing naar dit standpunt ten aanzien van Chemie-pack heeft de regering in een brief aan de Tweede Kamer over calamiteitenregelingen binnen de rijksoverheid

338. *Kamerstukken II*, 2012-2013, 28286, nr. 610, p. 2-3. Sindsdien is de regering herhaaldelijk, onder meer door kamerleden Thieme, Krol en Schouw, doch zonder succes opgeroepen alsnog een schadefonds in te stellen. Zie *Kamerstukken II*, 2012-2013, 29683, nr. 158 en 163.

339. *Kamerstukken II*, 2008-2009, 26442, nr. 43, p. 7.

340. *Kamerstukken II*, 2010-2011, 26956, nr. 92.

en de vraag wat onder ondernemers- of bedrijfsrisico valt namelijk in beeld gebracht wat het beleid is en welke regelingen bestaan.<sup>341</sup> Daarbij komen onder meer algemene regelingen als de WTS, werktijdverkorting, Regeling voor onwerkbaar weer en sectorspecifieke regelingen als bijvoorbeeld het Diergezondheidsfonds en de Regeling Nadeelcompensatie Verkeer en Waterstaat 1999 voorbij. Het kabinet herhaalt ook hier zijn terughoudende beleid ten aanzien van *ad hoc*-regelingen, maar licht vervolgens toe dat het toch aanleiding heeft gevonden voor een regeling ter zake van inkomstenderving voor telers in de omgeving van Moerdijk: Tegemoetkoming voor telers van vollegrondsgroenten naar aanleiding van de Moerdijkbrand.<sup>342</sup>

Wat bij de waardering van deze beleidslijn dient te worden bedacht, is dat onderdeel van het nieuwe, vooral op ‘Solidariteit met beleid’ terug te voeren, beleid was ervoor (proberen) te zorgen dat juist aan het front van de andere vergoedingsmechanismen meer te halen zou zijn.<sup>343</sup> Hier blijkt echter nog weinig vooruitgang geboekt.

### 39. *Solidariteit met beleid*

Nadat de overheid zich genoodzaakt zag om buiten de WTS om te voorzien in incidentele fondsoplösungen bij rampschade juist ook in gevallen waarin het niet om natuurgeweld ging, maar om ‘mensenhand’ (‘Enschede’ en ‘Volendam’), is de Commissie Tegemoetkoming bij Rampen en Calamiteiten (Commissie Borghouts) gevraagd:<sup>344</sup>

- te inventariseren welke publieke en private voorzieningen reeds bestaan en wat aard en omvang van tegemoetkomingen door overheid en particuliere instanties bij recente rampen en calamiteiten is geweest;
- studie te verrichten naar de verantwoordelijkheden en de grenzen ervan van overheid en anderen jegens gedupeerden bij rampen en calamiteiten;
- voorstellen te doen voor aanvullende private of publieke voorzieningen waarop na een ramp of calamiteit een beroep kan worden gedaan.

Het kabinet maakte zich zorgen over de beperkte verzekeringsdekking en solvabiliteit bij ondernemers en exploitanten en over de rol van de overheid in het kader van het onverplicht tegemoet komen in de schade als gevolg van rampen zelf.<sup>345</sup> In dit verband stond in wezen ook het functioneren van

341. *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33000 XV, nr. 71.

342. *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33000 XV, nr. 71, p. 4.

343. Bovendien wordt de overheid wel degelijk met forse kostenposten geconfronteerd. Zo bijvoorbeeld ook in de Chemie-Pack-zaak. Zie Damen 2012, p. 23 e.v.

344. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 27157, nr. 44, p. 4 en hiervoor onder 12.

345. Zie ook O. Vos en J. van Spanje, ‘Goedbedoelde willekeur’, *Openbaar Bestuur* 2002/1, p. 8 e.v.

de WTS ter discussie: zij was immers wel toegepast op enkele gevallen van regenschade,<sup>346</sup> maar niet op ‘Enschede’ en ‘Volendam’ in welk kader bovendien buiten de WTS om in de kern ruimhartiger regelingen zijn getroffen dan bij toepassing van de WTS mogelijk zou zijn.<sup>347</sup> De WTS heeft in de praktijk in belangrijke mate gunstig uitgediend voor de agrarische sector.<sup>348</sup>

De Commissie Borghouts komt in december 2004 met een duidelijk verhaal.<sup>349</sup> In het kader van rampen waarbij ‘mensenhand’ in het geding is, zou in uitgangspunt gelden dat ‘de veroorzaker betaalt’. In dit verband stelt zij daarom een verzekering of solvabiliteitseis voor voor bedrijven die onder de werking van het Besluit risico’s zware ongevallen vallen. Verder zouden de verzekerde bedragen moeten worden aangepast voor bedrijven en activiteiten waar zich tegelijkertijd zeer grote aantallen mensen in een openbare ruimte ophouden. In geval van een ramp zonder veroorzaker ligt de nadruk op verbetering van de verzekeringspositie van potentiële slachtoffers. Daarbij moet een actief voorlichtingsbeleid (ook op het punt van de consequenties van niet verzekeren voor een eventuele tegemoetkoming door de overheid) worden gehanteerd. Verder dient onderzoek naar eventuele onverzekerbaarheid worden gedaan en dient deze in samenwerking tussen overheid en brancheorganisaties te worden teruggebracht. Daarbij wordt een rol van de overheid als herverzekeraar niet uitgesloten. Een dergelijke rol is te verkiezen boven die van ‘gulle gever’. Juist ook voor de agrarische sector wordt het bevorderen van schadeverzekeringen (regenwater, oogstschade) geadviseerd. Daarboven zou de sector zelf in eventuele aanvullende voorzieningen moeten voorzien, niet (langer) de rijksoverheid. Ten slotte adviseert de Commissie de WTS om te vormen tot nationaal solidariteitsfonds in het bijzonder voor personenschade dat als vangnet zou fungeren voor het opvangen van de gevolgen van rampen en calamiteiten waarvoor het normale stelsel onvoldoende soelaas biedt. Afgezien van het omvormen van de WTS tot nationaal solidariteitsfonds, hier zet het kabinet juist in op het alsnog opnemen van de categorie van onverzekerbare personenschade in de WTS, heeft het kabinet de hoofdlijnen van de Commissie onderschreven.<sup>350</sup>

Sindsdien zou zij haar geld (nog meer) zetten op:

- verplichtingen tot het stellen van financiële zekerheid in gevallen waarin een aansprakelijke dader zou kunnen worden gevonden;

346. De WTS is toegepast op extreme regenval in september en oktober 1998, de doorbraak van een damwand in Tegelen in januari 2003, de dijkdoorbraak in Wilnis in augustus 2003 en op de overstroming van de Maas in januari 2011.

347. Van der Helm 2003, p. 42 e.v.

348. Zie in dit verband ook de kritiek van Damen 2012, p. 20 e.v.

349. Commissie Tegemoetkoming bij Rampen en Calamiteiten, *Solidariteit met beleid*, Den Haag 2004. Zie M.G. Faure, ‘De WTS op de schop?’, *AV&S* 2006, p. 65.

350. *Kamerstukken II*, 2005-2006, 29668, nr. 11.

- het stimuleren van verzekeringen voor potentiële slachtoffers in gevallen waarin geen aansprakelijke dader kan worden gevonden.

Er is niets mis met de uitgangspunten. Primair gaat het om reële inzet van het aansprakelijkheidsrecht door verbetering van de solvabiliteit van potentiële schadeveroorzakers. Vervolgens wordt de eigen verantwoordelijkheid benadrukt, hetgeen vooral van belang is bij natuurrampen: verbetering van de mogelijkheden voor potentiële slachtoffers zich op *first party*-basis te verzekeren. En verder, zo is eigenlijk de boodschap, moet in de toekomst weerstand worden geboden aan de roep om steun voor getroffen en buiten de wettelijke kaders. Aldus wordt de druk op de gemeenschap verminderd en ligt de verantwoordelijkheid waar zij hoort: bij industrie en bedrijfsleven voor technologische rampen ('mensenhand') en bij de gedupeerden waar het om natuurrampen gaat.

Op beide punten waren op dat moment al eerste stappen gezet. Aan het front van het bevorderen van de verzekeraarbaarheid gaat het onder meer om:

- het aanpakken van de Bindend Besluiten die verzekering van aardbeving en overstroming in de weg stonden;
- de introductie van een oogstschadeverzekering tegen zware regenval en vorst (overigens met door 'Brussel' goedgekeurde overheidsgarantie (subsidie)).

Verder verdient de hiervoor al in beeld gekomen in 2003 geïntroduceerde Nederlandse Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden (NHT) ter dekking van het terrorismerisico vermelding. Zoals hiervoor al is aangegeven<sup>351</sup> heeft de regering daarmee ook eventuele druk op de WTS willen voorkomen. Bovendien was onder meer na 'Enschede' en 'Volendam' al aangekondigd dat het kabinet zou komen met wettelijke verplichtingen tot het stellen van financiële zekerheid voor risicovolle bedrijven.<sup>352</sup> Voorbeelden treffen we aan in het Vuurwerkbesluit 2002, de Mijnbouwwet en uiteraard in het Besluit Financiële Zekerheid Milieubeheer dat in 2003 werd ingevoerd.

#### 40. *Is vooruitgang geboekt?*

De actuele balans is niet bijster positief. Zo:

- is het Besluit Financiële Zekerheid Milieubeheer in 2009 alweer ingetrokken onder meer vanwege de administratieve lasten en het feit dat zich gedurende de werkingsduur van het besluit geen schadegevallen hebben voorgedaan;

351. Onder 21.

352. Zie *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28000 VI, nr. 6, p. 4.

- zijn de in Nederland op de markt beschikbare bedragen ter zake van aansprakelijkheidsverzekering niet wezenlijk gestegen;
- heeft een van de twee *pools* die een oogstschadeverzekering aanbieden met ingang van het teeltseizoen 2008 haar activiteiten gestaakt;
- is er nog altijd geen overstromingsverzekering.<sup>353</sup>

De eerste twee punten zijn vanuit een oogpunt van preventie, vergoeding en ook vanuit een oogpunt van (het verminderen van de) druk op de overheid in geval van rampschade weinig gelukkig en de twee andere punten zijn natuurlijk teleurstellend, opnieuw ook vanuit een oogpunt van de druk op de overheid die zo niet bepaald minder wordt. In dit verband valt toch op dat het kabinet met zijn nieuwe beleid vooral inzet op overleg (ook al is dat onder druk van het mededingingsrecht) en angstvallig de weg van de verzekeringsplicht (*third party*) en de verplichte dekking (en premieopslag) op een vrijwillige verzekering (*first party*) mijdt en daarmee de ogen sluit voor ontwikkelingen in nabije landen.<sup>354</sup>

Zo blijft waar het om verplichte aansprakelijkheidsverzekering gaat het Belgische voorbeeld lonken: de Belgische wetgever heeft reeds in 1976 gekozen voor een bijzonder regime voor ontploffing en brand in openbare gebouwen met als kenmerkende elementen een objectieve aansprakelijkheid van de exploitant en een verplichte aansprakelijkheidsverzekering.<sup>355</sup> In de praktijk wordt zo een dekking gerealiseerd voor bedragen die in ieder geval een veelvoud vormen van de bedragen waarvoor de betrokkenen in ‘Bovenkarspel’, ‘Enschede’ en ‘Volendam’ dekking op hun aansprakelijkheidsverzekering hadden. Dit Belgische voorbeeld oefent daarom de nodige aantrekkingskracht uit.<sup>356</sup> Een aantal factoren verklaart het Belgische succes: een ruim getrokken kring van verzekerden in verband met het benodigde draagvlak, het ontbreken van een acceptatieplicht, het feit dat het om statische risico’s gaat zodat de omgevingsfactoren bekend en weegbaar zijn en het feit dat het om een beperkt risico (schade als gevolg van brand en ontploffing) gaat. Deze aspecten zouden ook bepalend moeten zijn voor eventueel Nederlands beleid op dit punt.<sup>357</sup> Dat de alsdan be-

353. Zie M.G. Faure, ‘Is Nederland aangepast aan klimaatverandering?’, *AV&S* 2010, p. 1 en de kritiek van V. Bruggeman, ‘De schadeloosstelling van slachtoffers van natuurrampen. Kan de Nederlandse oplossing worden aanbevolen?’, *O&A* 2012, p. 56 e.v.

354. Diverse argumenten lijken een rol te spelen, zoals onder meer het feit dat eventuele verplichtingen regulering, controle en handhaving met zich brengen, de eventuele afhankelijkheid van de overheid van verzekeraars en het gegeven dat verzekeraars de facto bepalen welke activiteit (in welke mate) wordt uitgeoefend. Dat is geen probleem zolang voldoende verzekeringsdekking beschikbaar is en van voldoende concurrentie op de verzekeringsmarkt sprake is.

355. Zie onder meer Van Schoubroeck 2002 en Cousy 2002, p. 116 e.v.

356. Zie bijvoorbeeld Wansink 2003 en 2007.

357. Wansink 2007, p. 231.

schikbare bedragen in geval van grote rampen nog steeds niet toereikend zijn, zou geen excuus moeten vormen voor de terughoudendheid van de Nederlandse wetgever. In ieder geval zou dan de last in belangrijke mate wel bij de veroorzaker liggen en zou de druk op de overheid ook navenant minder zijn.

Ook in het kader van de rampen zonder veroorzaker denkt de regering nog altijd niet aan verplichte rampendeckking op vrijwillige first party-verzekeringen zoals Frankrijk die al sinds de jaren '80 kent en ook België<sup>358</sup> inmiddels heeft ingevoerd. Kern van deze regeling is een verplichte premieopslag op de opstalverzekering. Iedereen die een opstalverzekering sluit, betaalt tevens verplicht premie voor schade als gevolg van natuur-rampen. Onze regering zet echter in op overleg met de branche en op het voeren van een actief informatiebeleid. Idealiter stelt de verzekeringsmarkt daadwerkelijk aanvullende dekking ter beschikking en worden potentiële slachtoffers gewezen op de risico's, de mogelijkheid om dekking te krijgen en op het standpunt van de overheid dat zij hen, in geval van een ramp, niet (langer) tegemoetkomt ter zake van verzekerbare schade.

In het overleg tussen overheid en verzekeraars is de Franse (en inmiddels ook Belgische) oplossing herhaaldelijk ter sprake gekomen:<sup>359</sup>

- kort na het sneuvelen van beide Bindend Besluiten heeft de regering deze optie verworpen vanwege het gevaar van bureaucratisering van het proces van schadevergoeding, de beperking van de vrije consumentenkeuze en de lastenverzwaring voor de burger die het gevolg is van een verplichte verzekering;<sup>360</sup>
- daarna heeft zij echter een voorstel geconcipieerd dat aansluit bij het Franse systeem: het voorstel van Wet aanspraak op vergoeding zoetwateroverstromings- en aardbevingsschade. Nu gooide de Raad van State roet in het eten.<sup>361</sup> De Raad achtte financiering uit de algemene middelen de meest voor de hand liggende oplossing. Bovendien meende hij dat principiële argumenten om de brandverzekeraars het bewuste risico te laten lopen ontbreken en achtte hij het waarschijnlijk dat het zoetwateroverstromingsrisico binnen afzienbare tijd verzekerd zou kunnen worden. In deze kritiek zag de regering aanleiding het voorstel in te trekken;
- ook in het overleg dat na het aanvaarden van 'Solidariteit met beleid' tussen overheid en verzekeraars is gevoerd over een *overstromingsverzekering*, heeft het Verbond van Verzekeraars weer aangegeven de

358. Zie I.C. Durant, 'Belgium', in M. Faure en T. Hartlief (red.), *Financial Compensation for Victims of Catastrophes. A Comparative Legal Approach*, Wenen/New York: Springer 2006, p. 66 e.v.

359. Zie uitvoerig S.C. van Dijke, 'De overstromingsverzekering in Nederland', in W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek Privaatrecht*, Den Haag, Bju 2013, p. 253 e.v.

360. Zie *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23400 VII, nr. 34, p. 2 en eerder al onder 8.

361. Zie *Kamerstukken II*, 1995-1996, 26640, nr. 1.

Frans/ Belgische weg te willen bewandelen en dus verplichte dekking op de vrijwillige opstalverzekeringen voorgesteld waarbij in de verdere uitwerking overigens ook inspiratie werd gevonden in de NTH-pool, zodat de overheid een eigen verantwoordelijkheid zou houden voor grote overstromingen. In 2010 heeft de regering in een van haar voortgangsbrieven Nationale Veiligheid echter laten weten af te zien van de overstromingsverzekering in verband met de lastenverzwaring in deze tijden van economisch zwaar weer.<sup>362</sup>

Vervolgens hebben verzekeraars, mede onder invloed van de aandacht voor ‘maatschappelijk verantwoord ondernemen’ en uitgedaagd door de WRR,<sup>363</sup> eind 2012 bekendgemaakt zelf met een private constructie, opnieuw naar Frans model, te willen komen, maar nu vinden ze de Autoriteit Consument & Markt (ACM) op hun pad. De ACM heeft in haar zienswijze vooral moeite met het ontbreken van keuzevrijheid en trekt in twijfel dat de verzekering in een maatschappelijke behoefte zou voorzien.<sup>364</sup> Verzekeraars hebben hun initiatief in de loop van 2013 vervolgens ingetrokken en hebben in een persbericht laten weten dat de politiek nu aan zet is.

Opvallend is dat overheid en verzekeraars in dit dossier niets hebben weten te bereiken, terwijl zij op andere terreinen, zoals bijvoorbeeld in het kader van het terrorisme-risico, wel succesvol weten samen te werken. Dat heeft ongetwijfeld met een samenspel van factoren te maken: actualiteit van eventuele incidenten en vervolgens hoge prioritering, budgettering door de overheid, ruimte in het regeerakkoord, lobby vanuit de verzekeringsbranche of juist van andere belanghebbende sectoren en de vraag wat andere vergoedingsmechanismen, inclusief de WTS, al te bieden hebben.<sup>365</sup>

#### 41. *Bang voor Frankrijk, België en Europa?*

Terughoudendheid beheerst ook de recente Nederlandse reactie<sup>366</sup> op het Europese Groenboek verzekeren van natuurrampen en rampen als gevolg van menselijk handelen.<sup>367</sup> Onze regering is tegen Europese regelgeving om de verzekeraarbaarheid van rampen te vergroten. De regering noemt zich wel voorstander van uitbreiding van de verzekeringsmogelijkheden tegen natuurrampen, doch vervolgens verzet zij zich niet alleen tegen een grote-

362. *Kamerstukken II*, 2009-2010, 30821, nr. 10, p. 8. Zie hiervoor onder 30.

363. Van Dijke 2013, p. 262 e.v.

364. ACM, *Informele zienswijze in zaaknr. 7571*, 6 juni 2013.

365. Zie in dit verband Van Dijke 2013, p. 264.

366. Reactie van Nederland op het groenboek betreffende de verzekering tegen natuurlijke en door de mens veroorzaakte rampen, *Kamerstukken II*, 2012-2013, 22112, nr. 1634.

367. Groenboek 16 april 2013, *COM(2013)213*.

re overheidsbetrokkenheid in verband met het moreel risico, maar ook tegen verplichte verzekering (vanwege het risico van een solidariteitsheffing) alsmede tegen verplichte opslag op een vrijwillige verzekering. Ook waar het gaat om rampen waarbij ‘mensenhand’ in het geding is, toont zij zich weinig daadkrachtig. Ook hier stelt zij weliswaar uitbreiding van de verzekeringsmogelijkheden na te streven, maar keert zij zich tegen een sterkere overheidsbetrokkenheid en zet zij haar geld op marktinitiatieven. Dit is wel wrang wanneer men bedenkt dat de markt, ondanks hints van de overheid, zich de problematiek van ‘Volendam’ en ‘Enschede’ kennelijk nog altijd niet heeft aangetrokken en de situatie niet werkelijk is verbeterd. Op beide fronten, zowel waar het de natuurrampen als de rampen als gevolg van menselijk handelen betreft, zou de verzekerbaarheid moeten worden verbeterd, maar is de Nederlandse regering enkel huiverig voor ‘Europa’ en zet zij haar geld op de Nederlandse markt. Die wordt door haar aan de ene kant (denk aan de overstromingsverzekering) eigenlijk meer in de weg gezeten dan geholpen en wordt aan de andere kant (rampen als gevolg van menselijk handelen) niet voldoende geprikkeld en onvoldoende benut. Het is niet gezegd dat Europese regelgeving nodig is, maar meer nationale daadkracht kan geen kwaad. Daarbij zou wel degelijk in de richting van het Frans/Belgische model bij natuurrampen moeten worden gedacht<sup>368</sup> en aan het Belgische model van de verplichte aansprakelijkheidsverzekering bij brand en ontploffing in openbare gebouwen. De politieke tegenargumenten van dit moment maken in dit verband onvoldoende indruk.

#### 42. *Verantwoordelijkheid nemen*

De overheid geeft hier eigenlijk niet thuis en laat kansen liggen. Zij zou juist haar verantwoordelijkheid moeten nemen. Dat is in de kern ook één van de boodschappen van de WRR in zijn rapport over de verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid. Dat rapport heeft als achtergrond dat er onevenredig veel aandacht zou uitgaan naar (vermeende) incidentgedreven wet- en regelgeving.<sup>369</sup> Veel rampschade blijkt niet of onvoldoende gedekt, zodat de overheid in meerdere hoedanigheden in beeld komt. Zij maakt zich daar zorgen over en wil die druk op haar doen verminderen. Is de in dit verband feitelijk gegroeide verantwoordelijkheidsverdeling wel de juis-

368. Aan een verzekeringsoplossing komt al snel de voorkeur boven een fondsooplossing toe. Dat er vervolgens nog diverse uitwerkingsproblemen zijn (hoe komt het bijvoorbeeld dat er niet altijd (voldoende) vraag is naar verzekering?) die wellicht om nadere regulering vragen, moet niet worden weggewoven, maar is geen reden om te blijven hangen in de benadering van overheidsfondsen. Zie in dit verband uitvoerig M. Faure en V. Bruggeman, ‘Catastrophic Risks and First-Party Insurance’, *Connecticut Insurance Law Journal* 2008-2009, vol. 15, nr. 1, p. 1 e.v.

369. WRR 2011 waarover hiervoor al onder 30.

te? Wordt het bedrijfsleven wel voldoende geprikkeld in het voorkomen, beperken en afdekken van schade? Kunnen potentiële veroorzakers en benadeelden zich wel voldoende verzekeren? Wat is de eventuele, mogelijk ook contraproductieve, rol die de overheidsregelingen, en juist ook die op *ad hoc*-basis, vervullen? In ieder geval, zo geeft de WRR ook aan, is de overheid in meerdere rollen betrokken. In de eerste plaats draagt zij systeemverantwoordelijkheid. Verder is zij via vergunningverlening, handhaving en toezicht betrokken bij het voorkomen van schade en vervolgens heeft zij ook nog een rol als vangnet.<sup>370</sup>

De inzet zou moeten zijn te geraken tot een evenwichtige verantwoordelijkheidsverdeling waarbij de Raad voor schadevoorziening als perspectief heeft gekozen. Het hogere doel is alle betrokken partijen voldoende te prikkelen om schade te voorkomen, te beperken en af te dekken. Het gaat er daarbij niet alleen om vooraf voorzieningen te creëren voor het dekken van eventuele schade, maar vooral ook om het geven van adequate prikkels om onzekerheid te verkennen, risico's te beheersen, incidenten te voorkomen en schade te beperken. In dit verband ziet de Raad geen generiek systeem van schadevoorziening voor het gehele domein van de fysieke veiligheid voor zich. In de verschillende sectoren en op de verschillende beleidsterreinen zal een andere balans moeten worden gevonden. Voorbeeldig zijn de luchtvaartsector en de 'chemie-reuzen', omdat een veiligheidscultuur daar hand in hand zou gaan met voorzieningen voor schade.<sup>371</sup> Teveel bedrijven en ondernemingen zijn echter niet voldoende intrinsiek gemotiveerd om hun verantwoordelijkheid te nemen. Ook het risico van faillissement of strafrechtelijke vervolging vormen kennelijk onvoldoende prikkel. Juist daarom komt ook de WRR (opnieuw) tot de aanbeveling werk te maken van de solvabiliteit van potentiële schadeveroorzakers. Daarbij denkt de Raad overigens ook aan het inschakelen van verzekeraars en kapitaalverschaffers bij het inspecteren, controleren en gebruik maken van hun contractuele bevoegdheden. In dit verband wordt hardop gesproken over een eventuele zorgplicht om ook deze partijen zonodig te prikkelen.<sup>372</sup>

Ook de verbetering van de verzekeraarbaarheid komt nadrukkelijk in beeld zowel aan *third party*- als aan *first party*-front. Aan het front van de overstromingsrisico's heeft de overheid, ook volgens de WRR, kansen gemist. Positief is de Raad over voorzieningen die in samenwerking tussen marktpartijen en overheid tot stand zijn gekomen, zoals de specifieke regeling voor kernongevallen in de WAKO waarin de overheid eigenlijk ook als herverzekeraar optreedt. Ook de NHT wordt genoemd: overheid en verzekeraars hebben daarmee een voorziening gecreëerd voor eventuele massa-

370. Bovendien is zij zelf vaak ook slachtoffer.

371. Van Asselt en Ammerlaan 2012, p. 106.

372. Hiervoor onder 24 heb ik al aangegeven dat verzekeraars niet altijd handelen zoals volgens de theorie van hen mag worden verwacht en vanuit maatschappelijk oogpunt wenselijk zou zijn.

schade als gevolg van terrorisme. Deze voorbeelden kunnen wellicht in andere gevallen inspiratie bieden.

Omdat het aansprakelijkheidsrecht (in ieder geval vooralsnog) weinig soelaas biedt, zet de Raad, net als eerder al de Commissie Borghouts, logischerwijze in op het uitbreiden van de mogelijkheden voor slachtoffers tot schadeverzekering, waarbij overigens informatieverschaffing zowel op het punt van de risico's die men loopt als op dat van de verzekeringsmogelijkheden belangrijk is.

De boodschap van WRR en Commissie Borghouts is op hoofdlijnen dezelfde: niet alleen waar het de oplossingsrichtingen betreft, maar ook waar het rol en verantwoordelijkheid van de overheid aangaat. Zeker waar het gaat om het faciliteren van de door de markt aangebrachte oplossingen zou een meer constructieve houding van de overheid voor de hand liggen. Waar het om solvabiliteit van potentiële daders gaat ontbreekt ook daadkracht. De markt biedt naar verluidt nog altijd maar zeer beperkte bedragen aan. De WRR zet mede in op een zorgplicht van verzekeraars. Daarvan zou zeker druk kunnen uitgaan, maar ik zag liever het Belgische model bij brand en ontploffing in openbare gebouwen eens serieus overwogen worden. In ieder geval doet de overheid er verstandig aan alert te zijn op al dan niet verkapte afspraken en dient zij bereid te zijn desnoods de wapens van het mededingingsrecht in te zetten. De overheid zou moeten faciliteren, inspireren en informeren, soms als vangnet fungeren of (denk aan de NHT) als herverzekeraar optreden, maar zij moet zeker ook haar rol als bewaker van een competitieve verzekeringsmarkt serieus nemen.

En wellicht verdient een nadere beoordeling van voor- en nadelen van toepassing van het aansprakelijkheidsrecht ook nog overweging. Twee ontwikkelingen vragen nadrukkelijk om aandacht: in de eerste plaats de recente invoering van een beperking van de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders in de Wft die vragen oproept en in de tweede plaats de bezorgdheid in de doctrine over de in potentie desastreuze gevolgen van toepassing van het normale aansprakelijkheidsrecht in geval van megaclaims.

#### *43. Bang voor overheidsaansprakelijkheid?*

De betekenis van het aansprakelijkheidsrecht voor rampen en crises lijkt niet groot. Zeker waar het om aansprakelijkheid van de overheid gaat, lijkt terughoudendheid op dit moment de boventoon te voeren. Ik heb deze terughoudende opstelling hiervoor<sup>373</sup> in verband gebracht met:<sup>374</sup>

- de specifieke positie van de overheid;

373. Onder 12.

374. Ik laat nog daar dat, zoals bijvoorbeeld ook bij 'Enschede' is gebleken, ook de leer van de formele rechtskracht een stevig obstakel vormt. Niet voor niets wordt dit leerstuk behandeld door Verheij 2013.

- het probleem van de *hindsight bias*;
- het feit dat de overheid veelal slechts zijdelingse laedens is;
- angst voor het, ten laste van de immers niet onuitputtelijke algemene middelen, aannemen van een mogelijk zeer grote aansprakelijkheidslast niet alleen in deze zaak maar mogelijk ook, in verband met precedentwerking, in andere gevallen.

Het pad der overheidsaansprakelijkheid is niet bepaald geëffend, eerder met voetangels en klemmen bezaaid.<sup>375</sup> Het gaat te ver om in dit verband te spreken in termen van een feitelijke immuniteit voor aansprakelijkheid, maar het lijkt er op zijn minst op dat de overheid het behoorlijk bont moet maken voordat zij aansprakelijk is.<sup>376</sup> Deze terughoudendheid is in de rechtspraak gerealiseerd onder meer met gebruik maken van leerstukken als dat van de relativiteit<sup>377</sup> en de beoordelings- en beleidsvrijheid.<sup>378</sup> In de praktijk worden, in het bijzonder in het kader van toezichthoudersaansprakelijkheid, pleidooien gehouden voor verdergaand ingrijpen door de wetgever: het gaat daarbij onder meer om (vormen van) immuniteit maar ook, specifiek vanwege de problematiek van de zijdelingse laedens, om afwijken van het normale hoofdelijkheidsregime ten faveure van ofwel subsidiaire aansprakelijkheid<sup>379</sup> dan wel proportionele aansprakelijkheid.<sup>380</sup> Het lijkt mij niet nodig om de discussie die de afgelopen jaren over pro's en contra's van wettelijke beperking van toezichthoudersaansprakelijkheid heeft gewoed, hier te herhalen.<sup>381</sup> Relevant in dit kader is natuurlijk wel dat er per 1 juli 2012 is voorzien in een beperking van de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders in art. 1:25d Wft. Zij zijn niet aansprakelijk, tenzij de schade in belangrijke mate het gevolg is van een opzettelijk onbehoorlijke taakuitoefening of een opzettelijk onbehoorlijke uitoefening

375. Zo ook Van Ettehoven e.a. 2013.

376. Dat geldt niet alleen voor de zogenoemde marktmeesters. Zie C.L.G.F.H. Albers, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid. Een blik vanuit het bestuursrecht op Vie d'Or', *AV&S* 2007, p. 94 e.v., R.D. Lubach en A. Wilken, 'Toezicht en aansprakelijkheid in de persoonschadepraktijk', *TVP* 2008, p. 11 e.v. en T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders', *Bb* 2011, p. 39 e.v.

377. Zie in dit verband P.W. den Hollander, 'Relativiteit en de verhouding van de rechter tot de wetgever', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 297 e.v.

378. Zie in dit verband ook Daalder 2012, p. 255 e.v. die zich afvraagt of wij ons de luxe van een royaal overheidsaansprakelijkheidsrecht kunnen veroorloven in een tijd waarin om meer toezicht wordt gevraagd. Hij ziet in dat verband liever de wetgever in actie komen dan dat het wordt overgelaten aan de rechtspraak.

379. Zo bijvoorbeeld Van Boom en Giesen 2001 en Giesen 2005, p. 41 e.v.

380. Zie bijvoorbeeld J.M. Barendrecht, 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat: Volendam en aandelenlease als voorbeelden', *NJB* 2004, p. 2180 e.v. en Van Rossum 2005, p. 94.

381. Zie onder heel veel meer Giesen 2005 en Van Rossum 2005.

van bevoegdheden of in belangrijke mate is te wijten aan grove schuld.<sup>382</sup> Dit is opmerkelijk, omdat diverse in opdracht van 'Den Haag' verrichte onderzoeken eerder hadden uitgewezen dat wettelijk ingrijpen niet nodig was,<sup>383</sup> en de regering die conclusies steeds ook deelde.<sup>384</sup> Hier is uiteindelijk sprake van een ommezwaai die eigenlijk alleen werkelijk te verklaren is vanuit de angst voor de last van enorme aansprakelijkheden die in het licht van de financiële crisis en diverse affaires in de bancaire sfeer opens niet meer denkbeeldig lijken.<sup>385</sup> In dit verband wordt gesproken van een staaltje 'turbowetgeving' die haar bezwaren heeft: zo lijken tegenargumenten nauwelijks een rol te hebben gespeeld en dat terwijl er zeer grote belangen bij betrokken zijn, rijst nu de vraag of andere toezichthouders niet ook aanspraak moeten kunnen maken op een vergelijkbare bescherming,<sup>386</sup> en wordt niet uitgesloten geacht dat juist toch geprocedeerd gaat worden om de grenzen van de bepaling af te tasten.<sup>387</sup>

382. De ruimte om met succes aan deze 'tenzij' toe te komen, lijkt zeer beperkt, zodat de regeling toch min of meer neer zou komen op een immuniteit. Zie S. Sachtie, 'Wettelijke aansprakelijkheidsbeperking voor DNB en AFM. Hoe hoog komt de nieuwe lat te liggen?', *MvV* 2012, p. 271 e.v. en E.J. van Praag, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid voor onvoldoende toezicht en onrechtmatige besluiten, in D. Busch, C.J.M. Klaassen en T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 871 e.v. In de toelichting wordt een immuniteit echter onwenselijk genoemd, omdat daarmee iedere mogelijkheid voor benadeelden om hun schade te kunnen verhalen zou worden weggenomen. Zie *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33058, nr. 3, p. 3.
383. Zie C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders*, London 2006 en E. de Kezel, C.C. van Dam, I. Giesen en C.E. du Perron, *Financieel toezicht en aansprakelijkheid in internationaal verband*, deLex, Amsterdam 2009. Ook V.H. Affourtit en A.C. Beck, 'Aansprakelijkheid van DNB: immuniteit in crisistijd?', *MvV* 2009, p. 199 e.v. en D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders*, oratie Nijmegen, Deventer: Kluwer 2011 zagen nog altijd geen reden voor een bijzonder wettelijk regime. Voorstanders waren onder meer R.J. Dijkstra en L.T. Visscher, 'Een pleidooi voor beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders wegens falend toezicht', *Tijdschrift voor Financieel recht* 2007, p. 140 e.v., R. Wibier, *Kredietcrisis en privaatrecht*, oratie Tilburg, 2010 en R.H. Maatman en S. Azahaf, 'Financieel toezicht en schadelijk gedrag', *Ondernemingsrecht* 2010, p. 296 e.v. die betogen dat de toezichthouders juist de grenzen van hun bevoegdheden moeten opzoeken in het algemeen belang en daarbij gehinderd worden door aansprakelijkheidsrisico's.
384. C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank', *NTBR* 2010, p. 224 e.v.
385. Met de regeling is uitvoering gegeven aan een aanbeveling van de Commissie De Wit om een beperking van aansprakelijkheid op te nemen in de wet. Zie *Kamerstukken II*, 2011-2012, 33058, nr. 3, p. 1. Deze aanbeveling zou weer zijn terug te voeren op een uitlating van Wellink tijdens de verhoren. Zie V.H. Affourtit en R.D. Lubach, 'Toezichthoudersaansprakelijkheid onder de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB 'en AFM'', *O&A* 2012, p. 171 e.v.
386. Vanuit een oogpunt van het voorkomen van excessief toezicht vanwege onbeperkte aansprakelijkheid beantwoorden R.J. Dijkstra en L.T. Visscher, 'Aansprakelijkheidsbeperking van (markt)toezichthouders: de weg naar beter toezicht?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2012, p. 22 e.v. deze vraag inmiddels bevestigend.
387. Affourtit en Lubach 2012, p. 179.

In ieder geval is sprake van de nodige dadendrang die ingegeven lijkt te worden door een zeker opportunisme:<sup>388</sup> er is mogelijk zeer veel geld mee gemoeid en dat in crisistijd. Dat laatste lijkt belangrijk: al is de argumentatie van de wetgever zwak en gaat deze voorbij aan wetenschappelijk onderzoek,<sup>389</sup> toch is een immuniteit voor financiële toezichthouders ingevoerd. Het enig echt veelzeggende maar onuitgesproken argument vormt de potentieel immense consequenties van een onbeperkte aansprakelijkheid voor de schatkist in economisch zwaar weer en daarmee voor de samenleving.<sup>390</sup> De discussie over beperking van aansprakelijkheid zal echter geen halt houden bij financiële toezichthouders en zeker overslaan naar andere toezichthouders en andere of ‘gewone’ overheden én wellicht zelfs naar het bedrijfsleven.

#### 44. *Vormen megaclaims geen rampscenario?*

In dit verband heeft in het bijzonder Spier, onder meer in zijn conclusies als A-G bij de Hoge Raad,<sup>391</sup> al regelmatig aandacht gevraagd voor eventuele megaclaims tegen de overheid bijvoorbeeld of tegen financiële instellingen en andere ondernemingen, waarbij het gaat om miljarden en eventueel tientallen miljarden euro's. Claims van een dergelijke omvang kunnen de samenleving (in ieder geval financieel) ten diepste raken.<sup>392</sup> Bij bedrijven gaat het om de consequenties van omvallen niet alleen voor werknemers en crediteuren, ook voor toeleveranciers en zelfs voor de belastingbetalers en beleggers. De overheid kan het geld ook maar eenmaal uitgeven, zodat in uiterste instantie bezuinigingen of belastingverhogingen aan de orde zijn. Over wat voor gevallen hebben we het dan? In ieder geval

388. Waar aanvankelijk het preventie-argument (het risico van aansprakelijkheid zou een positieve prikkel geven tot zorgvuldig gedrag) ook in politieke kringen nog een belangrijke rol leek te spelen, is dat na de kabinetswisseling opeens naar de achtergrond verdwenen en zou juist beperking van aansprakelijkheid de kwaliteit bevorderen (namelijk de ruimte geven voor toezichthouders om achteraf openlijk en zelfkritisch verantwoording af te leggen). Zie Slob 2013, p. 119 e.v.

389. Zo blijkt bij Verheij 2013, p. 97 e.v.

390. De wetgever heeft daarbij gekozen voor een andere weg dan die van de limitering van aansprakelijkheid bij AMvB op basis van art. 6:110 BW. Ook langs deze weg kunnen eventuele desastreuze gevolgen van onbeperkte aansprakelijkheid worden voorkomen. Zie hierna onder 44.

391. Zie onder meer zijn conclusies voor HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 (T. Hartlief) (Wilnis) en voor HR 30 november 2012, *NJ* 2012, 689 (Paalrot).

392. Zie bijvoorbeeld J. Spier, ‘De grenzen van het aansprakelijkheidsrecht’, in F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman (red.), *Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; de grenzen voorbij?*, Den Haag: Bju 2011, p. 13 e.v. Zie in dit verband ook het verslag van M. Claessens en M. Timmer, ‘Over royale pechdemperen en allesreinigers’, *O&A* 2012, p. 137 e.v. Relativerend is M.R. Gans, ‘Slotbeschouwing’, in F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman (red.), *Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; de grenzen voorbij?*, Den Haag: Bju 2011, p. 86 e.v.

valt te denken aan aansprakelijkheid voor de gevolgen van nieuwe technologieën, aan aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering, dijkdoorbraken en financieel toezicht. Wat Spier in dit verband onder meer zorgen baart, is dat de overheid traag is in haar benadering van mogelijk zeer grote risico's voor de samenleving, zodat, mocht het mis gaan, eventuele overheidsaansprakelijkheid niet denkbeeldig is.<sup>393</sup> Dat heeft natuurlijk een verklaring: zo is er bijvoorbeeld de onzekerheid over de vraag of bepaalde dreigingen zich daadwerkelijk zullen manifesteren die maakt dat we eerder afwachtend zijn dan in beweging komen. Belangrijk, zowel in politiek als in bedrijfsleven, is zeker ook het korte termijn-denken en uiteraard sluiten we soms ook gewoon onze ogen in de hoop dat een eventueel rampscenario zich niet zal voordoen.<sup>342</sup> De prikkelende werking van het overheidsaansprakelijkheidsrecht blijkt hier eerder theorie dan praktijk. Ook in het bedrijfsleven worden, ook weer in weerwil van de kans op aansprakelijkheid, soms grote (financiële) risico's genomen.

Spiers boodschap is tweeledig:

- megacclaims zouden moeten worden afgewezen of op zijn minst aan een bijzonder regime moeten worden onderworpen, waarbij niet alleen rechters maar ook wetgever en politiek zich aangesproken mogen voelen;
- er moet doortastender worden opgetreden in die gevallen waarin potentieel zeer grote risico's in het geding zijn;<sup>395</sup> dat is uiteraard een opdracht aan wetgever en politiek, maar in dit verband kan eventueel druk worden gezet door gebruik te maken van aangescherpte persoonlijke aansprakelijkheid van hoofdrolspelers, het strafrecht én door aan te sturen op rechterlijk ingrijpen in de vorm van bevelen of verboden om overheden (en/of bedrijven) te dwingen van koers te veranderen of in beweging te komen.<sup>396</sup>

Opvallend is dat Spier dus wel ruimte ziet voor het aansprakelijkheidsrecht in de vorm van claims tegen overheden en bedrijven ter zake van potentieel grote risico's, zij het dat dan de inzet geen schadevergoeding zou zijn maar juist een verbod of bevel, én in de vorm van een aangescherpte persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders of andere hoofdrolspelers. Bij die laatste gedachte, die niet onlogisch en zeker niet onsympathiek voorkomt, is wel de vraag of het effect in een aantal gevallen niet tegengesteld zal zijn: juist wanneer zeer grote belangen op het spel staan, heeft elke mogelijke beslissing haar consequenties. Angst voor eventuele aansprakelijk-

393. Typerend zou de aanpak zijn van de dijkbescherming na het urgente rapport van de Delta-commissie in 2008.

394. Spier 2011, p. 14-15. Zie ook reeds hiervoor onder 29.

395. Zie al eerder Spier 2012.

396. Zie reeds hiervoor 29.

heid jegens de een, dan wel juist jegens de ander, kan dan een verlammen-  
de werking hebben op degenen die de keuzes mogen maken en de besliss-  
ingen mogen nemen.<sup>397</sup>

Spier kan worden toegegeven dat het wat de aansprakelijkheid voor  
megaclaims betreft inderdaad zaak lijkt om niet alleen naar de belangen  
van getroffen en laedentes te kijken, maar ook naar het grote plaatje: de  
consequenties voor de samenleving van eventuele aansprakelijkheid.  
Bovendien is juist dat de normale regels van het recht, en dat geldt eigen-  
lijk ook voor het aansprakelijkheidsrecht, niet geschreven zijn voor cala-  
mititeiten en voor desastreuze scenario's; het ligt daarom ook niet voor de  
hand de gewone regels zonder meer toe te passen. Maar kunnen we hier  
wat mee? Het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht kent diver-  
se mechanismen om de desastreuze gevolgen van een eventuele aanspra-  
kelijkheidslast te beperken:

- art. 6:110 BW geeft de *minister* de bevoegdheid een aansprakelijkheid  
bij AMvB te limiteren indien sprake is van (dreigende) problemen van  
verzekeraarbaarheid (vooraf);
- art. 6:109 BW dat de *rechter* de gelegenheid geeft een eventuele aan-  
sprakelijkheid te matigen indien zij anders tot onaanvaardbare gevol-  
gen zou leiden (achteraf);
- art. 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid) dat de *rechter* de ruimte  
geeft de gevolgen van een fout of gebeurtenis niet alle op het bord van  
de aansprakelijke persoon te leggen;
- en op een vergelijkbare manier kan ook het relativiteitsleerstuk door de  
*rechter* worden benut.<sup>398</sup>

En niet uit te sluiten valt dat ook art. 6:2 lid 2 BW uitkomst kan bieden juist  
in die gevallen waarin toepassing van een bepaalde regel van aansprake-  
lijkheids- of schadevergoedingsrecht rampzalige gevolgen zou meebrengen.  
Afgezien van de limiteringsmogelijkheid van art. 6:110 BW waarvan  
tot op heden nauwelijks gebruik is gemaakt, liggen de instrumenten voor-  
al in handen van de rechter. Vooralsnog zie ik geen specifieke wettelijke  
regeling voor megaclaims voor me. In die gevallen waarin men niet van  
een rechterlijk oordeel afhankelijk wil zijn kan aan toepassing van art.  
6:110 BW<sup>399</sup> of zelfs aan de introductie van een immuniteit worden  
gedacht zoals hiervoor al aan de orde is geweest.

397. In het algemeen waarschuwen Faure en De Mot 2012, p. 79 e.v. juist in dit verband voor  
de bezwaren van persoonlijke aansprakelijkheid van ambtenaren bijvoorbeeld, zij het dat  
aan (een vorm van) immuniteit ook bezwaren verbonden zijn.

398. Zie ook Daalder 2012.

399. Zie hiervoor onder 20 al kort over de limitering van de aansprakelijkheid van luchtha-  
venexploitanten en luchtvervoerders ter zake van veiligheidscontroles in verband met  
het terrorismerisico.

## **VI. Eindbalans**

### *45. Privaatrecht in nood*

Dit preadvies heeft een dubbelzinnige titel die een tweeledige lading moet dekken: de betekenis van het privaatrecht voor rampen en crises aan de ene kant en de eventuele bedreigingen die er in dat verband juist zijn voor het privaatrecht als zodanig aan de andere kant. Bij dat laatste ging het dan in het bijzonder om de consequenties van de aanpak van een ramp of crisis voor het privaatrecht.

We moeten eerlijk zijn. Het privaatrecht speelt bij rampen en crises bepaald geen hoofdrol. Dat is in het bijzonder gebleken voor de voorfase en acute fase, zij het dat met de overname van Fortis een spectaculair voorbeeld van privaatrechtelijk ‘noodrecht’ aan de orde is, maar zeker ook voor de afwikkelingsfase. Dat heeft vooral hiermee te maken dat het systeem van ‘aansprakelijkheid en verzekering’ in geval van rampen en crises ernstige beperkingen kent. Het gevolg daarvan is dat andere compensatiemechanismen en dan vooral overheidsvoorzieningen in beeld komen. Die ontwikkeling moet volgens officieel regeringsbeleid worden gekeerd, maar veel werk wordt hiervan niet gemaakt. Een van de andere min of meer vaste patronen lijkt dat beleidsmakers na afloop hun heil zoeken in regulering niet alleen om in de fase ‘vooraf’ een beter resultaat te kunnen boeken (preventie) maar ook om in de acute fase te voorzien in meer (toegespitste) bevoegdheden tot ingrijpen en optreden. Deze uitbouw van het publiekrecht gaat soms gepaard met duidelijk ingrijpen in het privaatrecht. Zo wordt in de Interventiewet bijvoorbeeld juist aan regels van privaatrecht getornd. In dezelfde periode is bovendien in art. 1:25d Wft een drastische beperking van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders ingevoerd. Op andere momenten is wellicht niet van inhoudelijk ingrijpen sprake, maar leiden de ontwikkelingen ertoe dat de verhouding tussen publiekrecht en privaatrecht diffuus wordt (denk aan de problematiek van de naast elkaar bestaande regimes van zorgplichten: de ene ‘set’ wordt privaatrechtelijk afgedwongen door private partijen, de andere door toezichthouders). Het is misschien wat overdreven om in dit verband te spreken van een rechtsgebied in nood, maar serieuze aandacht voor deze ontwikkelingen is wel noodzakelijk.

### *46. Dadendrang en geloof in wetten*

Op diverse terreinen (veiligheid, *cyber*, voedsel, financiële crises) is gebleken dat rampen en crises of dreigende scenario’s niet alleen leiden tot aanpassing en aanvulling van bestaande regelgeving, maar in diverse gevallen ook tot nieuwe regels. Hier zijn spectaculaire en minder spectaculaire voorbeelden van te geven: de legionella-uitbraak in ‘Bovenkarspel’ bij-

voorbeeld heeft tot specifieke veiligheidsregulering geleid, maar dat valt allemaal in het niet bij de dadendrang in het kader van de financiële crises. Vooral hier is gebleken dat Europese en nationale regelgevers een enorme daadkracht aan de dag leggen. Zeer veel wordt tegelijkertijd aangepakt en de gedachte lijkt daarbij dat hoe meer bevoegdheden en hoe beter het toezicht, des te beter de situatie. En mocht dat te rooskleurig zijn, dan lijkt het motto: ‘baat het niet, het schaadt ook niet’. Daarbij kunnen vraagtekens worden geplaatst. Niet alleen wordt zwaar geleund op het eventuele oplos-send vermogen van regelgeving, niet uitgesloten is dat bepaalde maatregelen het nuttig effect van andere wegnemen of, erger nog, dat het totaalpakket als zodanig nieuwe risico’s met zich brengt (verwachtingen schept bijvoorbeeld en zo ook weer gedragseffecten heeft); zo zouden we nog voor onaangename verrassingen kunnen komen te staan. Bovendien, daar heeft de Raad van State in het algemeen nadrukkelijk op gewezen, dreigt een ontwikkeling waarin bestuurlijke slagvaardigheid voorop staat en wetten enkel worden beschouwd als instrumenten die veranderingen kunnen en moeten realiseren. In deze sterk instrumentele visie moet de rechter dan maar bewaken of het ook om recht gaat.

#### 47. *Politiek opportunisme*

Tegen deze achtergrond hoeft wellicht ook niet te verbazen dat van het nodige opportunisme sprake is: waar de (financiële) belangen groot en acuut zijn, is ook de daadkracht groot. Neem het dossier van de overstromingsverzekering dat al loopt vanaf de jaren ’90. Hoewel de overheid er zelf belang bij heeft, bij een volgende overstroming immers moet de WTS wellicht worden toegepast, komt er maar geen doorbraak. Tegen het in diverse Europese landen toegepaste model van de verplichte dekking op de vrijwillige opstalverzekering, nota bene een model waar de regering zelf in de jaren ’90 nog voorstander van was, heeft zij nu weer ingebracht dat het een lastenverzwaring voor de burger inhoudt en invoering daarom geen overweging verdient. Vergelijk deze olifantsdracht vervolgens met de enorme dadendrang en het inzetten van miljarden in het kader van de financiële crises. Ook de beperking van de aansprakelijkheid van de financiële toezichthouders, bijna een echte immuniteit, is een goed voorbeeld: hier is sprake van een opmerkelijke politieke ommezwaai en wordt voorbijgegaan aan onderzoekers die men zelf heeft ingeschakeld en wier conclusies men aanvankelijk ook onderschreef. Het argument dat de toezichthouder door het nieuwe regime beter zou gaan functioneren wil mij niet onmiddellijk overtuigen. Ik kan moeilijk anders geloven dan dat de vrees dat een onbeperkte aansprakelijkheid in tijden van financiële crises de schatkist zwaar zou kunnen raken hier de doorslag heeft gegeven. Ik word hierin gesterkt door de brief van minister Opstelten van 12 november 2013 waarin hij, juist ter verbetering van het toezicht in semipublieke sectoren, aankondigt

met een regeling te komen die de drempels tot aansprakelijkstelling van wanpresterende bestuurders en toezichthouders zal verlagen.<sup>400</sup> Ik wil deze categorie toezichthouders niet op één hoop gooien met de financiële toezichthouders en de marktmeesters die wij kennen, maar opvallend is dat de regering hier wél gelooft in de heilzame werking van het aansprakelijkheidsrecht ook waar het gaat om prikkelwerking en in dat verband zelfs bereid is drempels te verlagen (zij het, als ik het goed begrijp, door het expliciteren en concretiseren van taken en verplichtingen).

#### 48. *Visie op aansprakelijkheidsrecht?*

Een dergelijke facilitering zou echter ook op andere plaatsen soelaas kunnen bieden. Gebleken is immers dat de betekenis van het aansprakelijkheidsrecht beperkt is. Dat geldt niet alleen bij natuurrampen, maar ook daarbuiten kan de primaire dader veelal niet met succes worden aangesproken. Het kan zijn dat hij onvoldoende verhaal biedt ('Enschede', 'Bovenkarspel' en 'Volendam'), of juist moeilijk te achterhalen of zelfs onvindbaar is (*cybersecurity*). Het kan ook zijn dat er een veelheid aan samenwerkende oorzaken en een mogelijk grote groep contribuanten is (financiële crisis). In een aantal gevallen is sprake van (een groot aantal) kleine schades of causaliteitsproblemen (voedselveiligheid, *bank run*). Dit kan steeds als gegeven worden aanvaard, maar we kunnen ook naar oplossingen binnen de privaatrechtelijke kaders streven. Behalve de standaardreacties, aan causaliteitsproblemen kan bijvoorbeeld soms wat worden gedaan binnen het schadevergoedingsrecht of bewijsrecht (omkeringsregel, verzwaarde stelplicht), valt hier, om het probleem van kleine of onduidelijke schades op te lossen bijvoorbeeld, te denken aan een regime van forfaitaire schadevergoedingen of aan collectief schadeverhaal bijvoorbeeld door een toezichthouder. Zou de regering daar dan niet ook eens over moeten nadenken? Gemakkelijke winst is echter te behalen door de solvabiliteit van primaire veroorzakers te verbeteren.

#### 49. *Eindelijk uitvoering geven aan het beleid*

Helaas is juist op dit punt nauwelijks of geen vooruitgang geboekt. Juist om de druk op de overheid te verminderen zou de regering, na 'Borghouts' (Solidariteit met beleid), reële inzet van het aansprakelijkheidsrecht bevorderen door verbetering van de solvabiliteit van potentiële schadeveroorzakers. Tegelijkertijd zou de eigen verantwoordelijkheid worden benadrukt, hetgeen vooral van belang is bij natuurrampen, door verbetering van de mogelijkheden voor potentiële slachtoffers zich op *first party*-basis te ver-

400. *Kamerstukken II* 2013-2014, 33750 VI, nr. 31.

zeker. De WRR adviseerde enkele jaren geleden op hoofdlijnen hetzelfde: niet alleen waar het de oplossingsrichtingen betreft, maar ook waar het rol en verantwoordelijkheid van de overheid aangaat. Zeker waar het gaat om het faciliteren van de door de markt aangebrachte oplossingen zou een meer constructieve houding van de overheid voor de hand liggen. Waar het om solvabiliteit van potentiële daders gaat ontbreekt ook daadkracht. De markt biedt naar verluidt nog altijd maar zeer beperkte bedragen aan. Uiteraard moeten de autoriteiten waarborgen dat van een competitieve verzekeringsmarkt sprake is. Verdergaande opties zou ik echter niet schuwen. Herhaaldelijk is gewezen op het Belgische model bij brand en ontploffing in openbare gebouwen. En uiteindelijk kan de overheid, net als in het kader van de NHT, eventueel nog als herverzekeraar optreden. Zolang hier echter geen winst wordt behaald, komt de derde poot van het nieuwe beleid, de rug recht houden wanneer verzoeken om onverplichte tegemoetkoming worden gedaan, niet goed tot zijn recht. De overheid heeft de afgelopen jaren onder verwijzing naar het nieuwe beleid wel meer terughoudendheid betracht dan voorheen. Daarbij verwijst zij steevast naar de andere vergoedingssystemen (aansprakelijkheidsrecht aan de ene kant en eigen verzekering en sociale zekerheid aan de andere kant). De Commissie Borghouts ging er echter vanuit dat er op de andere twee punten vooruitgang geboekt zou worden. Dan zou die verwijzing ook beter te verteren zijn. Het enige wat wel lijkt te gebeuren, is dat de WTS wordt uitgebreid naar de onverzekerbare personenschade: dat betekent dat *ad hoc*-voorzieningen zoals die bij 'Enschede' en 'Volendam' nog nodig waren, dan tot het verleden zouden behoren. Ik zeg niet dat dat niets voorstelt, maar mooier nog is het wanneer ook toepassing van de WTS verder zou kunnen worden teruggedrongen. Dat kan alleen wanneer aan het front van 'aansprakelijkheid en verzekering' en aan dat van de *first party*-verzekerbaarheid terreinwinst wordt geboekt.

Op het eerste gezicht komen we dan op het punt van vergoeding toch in de buurt van een algemeen model zij het samengesteld uit verschillende lagen. Eerst bekijken we of het aansprakelijkheidsrecht soelaas biedt. Zo nee: dan is het een kwestie van eigen verantwoordelijkheid en *first party*-verzekering, maar mocht sprake zijn van onverzekerbaarheid dan komt eventueel de WTS in beeld. Dit 'model' is echter niet werkelijk in staat om gelijke behandeling te waarborgen: reeds binnen het aansprakelijkheidsrecht is de vraag of er wel steeds consistent wordt opgetreden en dan komt daar nog bij dat de WTS niet op alle rampen of incidenten van toepassing is (niet op 'kleine' bijvoorbeeld) en dat ook verdere ongelijke behandeling bij toepassing moeilijk uit te sluiten is. Hoe erg moet een ramp zijn om toepassing van de WTS te rechtvaardigen? Wat maakt het verschil tussen 'Bovenkarspel' en de 'Bijlmerramp', tussen de uitbraak van de Q-koorts en de schietpartij in Alphen aan de Rijn? Ik herinner nog maar aan de vraag van Corien Prins naar aanleiding van de Q-koorts affaire: hoe zou de over-

heid hebben gereageerd wanneer zes slachtoffers te betreuren waren geweest door een terroristische aanslag?<sup>401</sup> Is dan toch de ene ramp of crisis ‘aansprekender’ dan de andere, het ene slachtoffer beschermenswaardiger dan het andere? Dat blijft een van de grote uitdagingen: rechtvaardiging te vinden voor een uiteenlopende behandeling van (groepen) slachtoffers.

#### 50. *Somberheid troef*

De eindbalans is een tamelijk sombere. We hebben tegengestelde tendensen gesignaleerd, van een eenduidige benadering of aanpak lijkt niet werkelijk sprake, en opportunisme viert hoogtij: waar de (financiële) belangen groot zijn, geldt hetzelfde voor de dadendrang. Van het privaatrecht valt niet veel te verwachten, zelfs niet bij compensatie en afwikkeling. Tegen deze achtergrond valt te begrijpen dat de nadruk op overheidsingrijpen en regulering ligt, maar hier moet wel worden gewaakt voor doorschieten en onnodig of anderszins ongewenst doorkruisen van het privaatrecht.

### **Literatuur**

V.H. Affourtit en A.C. Beck, ‘Aansprakelijkheid van DNB: immuniteit in crisistijd?’, *MvV* 2009, p. 199 e.v.

V.H. Affourtit en R.D. Lubach, ‘Toezichhoudersaansprakelijkheid onder de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM’, *O&A* 2012, p. 169 e.v.

C.L.G.F.H. Albers, ‘Toezichhoudersaansprakelijkheid. Een blik vanuit het bestuursrecht op Vie d’Or’, *AV&S* 2007, p. 94 e.v.

### **Allewijn 2010**

D. Allewijn, ‘Behoorlijk omgaan met *indieners* van schadeclaims’, *O&A* 2010, p. 15 e.v.

A.J. Akkermans, ‘De emotionele kosten van het geschil’, in *De kosten van het geschil*, LSA, Den Haag: Sdu 2008, p. 93 e.v.

A.J. Akkermans, J.E. Hulst, E.M. Uijttenbroek en K.A.P.C. van Wees, ‘Excuses in het privaatrecht’, *WPNR* 6772 (2008), p. 778 e.v.

V.C. Ammerlaan, *Na de ramp. De rol van de overheid bij de (schade-) afwikkeling van rampen vanuit een belangenperspectief van de slachtoffers*, diss. Tilburg, eigen uitgave 2008.

401. Prins 2009.

V.C. Ammerlaan en W.H. van Boom, 'De Nederlandsche Herverzekeringsmaatschappij voor Terrorismeschaden en de rol van de overheid bij het vergoeden van terreurschade', *NJB* 2003, p. 2330 e.v.

### **Van Asselt en Ammerlaan 2012**

M. van Asselt en K. Ammerlaan, 'Schadevoorziening als perspectief: vernieuwing van het denken over verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid', *O&A* 2012, p. 100 e.v.

### **Atema en Peek 2013**

J.J. Atema en S.M. Peek, 'Credit rating agencies en civielrechtelijke aansprakelijkheid', in D. Busch, C.J.M. Klaassen en T.M.C. Arons (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 931 e.v.

J.M. Barendrecht, 'Verdeling van verantwoordelijkheid als het fout gaat: Volendam en aandelenlease als voorbeelden', *NJB* 2004, p. 2180 e.v.

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'EHRM-uitspraak Önergyildiz tegen Turkije: Europese grenzen aan het gedogen van gevaarlijke situaties en aan beperkingen van overheidsaansprakelijkheid bij ongelukken en rampen', *O&A* 2003, p. 109 e.v.

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving. Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake Önergyildiz tegen Turkije?', *O&A* 2005, p. 76 e.v.

T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012.

T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema, 'Inleiding: coulant compenseren?', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. XIII e.v.

J. Barneveld, 'Survival of the fattest. Over financiering van systeembanken met risicodragend vermogen', *NJB* 2012 p. 654 e.v.

J.M. van den Berg en R.H.J. Cox, 'Is de staat aansprakelijk voor klimaatverandering?', *AV&S* 2014 (nog te verschijnen).

B. Bierens, 'De Interventiewet en de grenzen van het algemeen vermogensrecht', *MvV* 2013, p. 303 e.v.

G.A. Biezeveld, 'Een nieuw kabinet, een nieuw geluid?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2012, p. 3 e.v.

J.A. Bikker, J. Brinkhoff en A.A.T. Wesseling, 'De nieuwe Europese financiële toezichthouders', *Onderneming en Financiering* 2011, p. 31 e.v.

P.E. Bisschop, J.D.W.E. Mulder, M.J. Middelburg en R.M. Letschert, *Personenschade en de Wet tegemoetkoming schade bij rampen*, SEO economisch onderzoek in opdracht van het WODC, Amsterdam 2013.

### **Bjelic 2012**

J. Bjelic, 'Het terrorismerisico en de terrorismepool NHT', in W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek Privaatrecht*, Den Haag, Bju 2013, p. 223 e.v.

B.A. Boersma, 'Bijdrage van ratingbureaus aan ontstaan kredietcrisis onderzocht', *Onderneming en Financiering* 2010, p. 4 e.v.

W.H. van Boom, 'Anticiperen op nieuwe gezondheidsrisico's', *AV&S* 2001, p. 3 e.v.

W.H. van Boom, 'De strategische verzekeringsplicht', *AV&S* 2001, p. 165.

### **Van Boom en Giesen 2001**

W.H. van Boom en I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, p. 1675 e.v.

W.H. van Boom en I. Giesen (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Bju 2013

W.H. Bovenschen, K. Holtring, G.J.S. ter Kuile en L. Wissink, 'Europees banktoezicht (SSM). Juridische en praktische perspectieven', *NtER* 2013, p. 364 e.v.

W.Th. Braams en E.H.P. Brans, 'Aansprakelijkheid voor schade door opslag van CO<sub>2</sub>', *De Gemeentestem* 2009, p. 577 e.v.

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Behoorlijk omgaan met overheidsaansprakelijkheid', *O&A* 2005, p. 104 e.v.

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Verantwoord omgaan met publieke middelen', *O&A* 2010, p. 50 e.v.

A.F.M. Brenninkmeijer, N. van der Bijl en Y.M. van der Vlugt, 'Schadevergoeding en excuses vanuit het perspectief van de behoorlijkheid. Een schadeclaim als motie van wantrouwen', In T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 97 e.v.

A.F.M. Brenninkmeijer, B. de Graaf, S. Roeser en W.F. Passchier, *Omgaan met omgevingsrisico's en onzekerheden. Hoe doen we dat samen?*, essaybundel, Den Haag 2012.

V. Bruggeman, *Compensating catastrophe victims. A comparative law and economics approach*, diss. Maastricht, Maastricht 2010.

V. Bruggeman, 'De schadeloosstelling van slachtoffers van natuurrampen. Kan de Nederlandse oplossing worden aanbevolen?', *O&A* 2012, p. 56 e.v.

J.E. van de Bunt, 'Voorgeschiedenis van de WTS. Beschouwing over verschillende regelingen ter vergoeding van rampschade', in E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en Recht*, Den Haag: Bju 2001, p. 176 e.v.

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

O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en het privaatrecht', *NTBR* 2010, p. 66 e.v.

O.O. Cherednychenko, 'Het private in het publiek recht: over de opmars van het financiële 'toezichtprivaatrecht' en haar betekenis voor het verbintenissenrecht', *RM Themis* 2012, p. 223 e.v.

O.O. Cherednychenko, 'Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezichtprivaatrecht: op naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?', *WPNR* 6998 (2013), p. 1122 e.v.

M. Claessens en M. Timmer, 'Over royale pechdempers en allesreinigers', *O&A* 2012, p. 134 e.v.

Commissie Scheltema, *Rapport van de Commissie van Onderzoek DSB Bank*, Den Haag juni 2010.

Commissie Van Dijk, *Van verwerping tot verheffing: Q-koortsbeleid in Nederland 2005-2010*, Den Haag 22 november 2010.

Commissie Maas (Adviescommissie Toekomst Banken), *Naar herstel van vertrouwen*, 2009.

Commissie tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten (Commissie Borghouts), *Solidariteit met beleid*, Den Haag 2005 (eigen uitgave).

Commissie Wijffels (Commissie Structuur Nederlandse Banken), *Naar een dienstbaar en stabiel bankwezen*, juni 2013.

D. Coskun, 'Toezicht op Credit Rating Agencies. De rol van CRAs bij financieringsbeslissingen', *Ondernemingsrecht* 2008, p. 611 e.v.

### **Cousy 2002**

H. Cousy, 'Rampenschade in België: nieuwe ontwikkelingen', in *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA, Den Haag: Vermande 2002, p. 105 e.v.

Crisisbeheersing *belicht*, Uitgave Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag 2005.

### **Custers 2009**

B.H.M. Custers, 'Kredietcrisis vraagt om scherper toezicht', *NJB* 2009, p. 176.

### **Daalder 2012**

E.J. Daalder, 'Beperking van aansprakelijkheid van de overheid: door wie en wanneer? Reflecties over de rol van rechtspolitieke overwegingen bij de oordeelsvorming over overheidsaansprakelijkheid', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. 255 e.v.

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving', in *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA, Den Haag: Vermande 2002, p. 37 e.v.

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders*, London 2006.

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid voor falend toezicht in tijden van financiële cholera – over coma-bankieren, vuvuzela-juristerij en De Nederlandsche Bank', *NTBR* 2010, p. 224 e.v.

## **Damen 2012**

L.J.A. Damen, 'Moet pech weg?', in C.P.M. Cleiren, R.M.G.E. Fokué, J.L.M. Gribnau, R.M. van Male en P.A.M. Mevis (red.), *Voor risico van de overheid?*, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 17 e.v.

S. Daniëls, 'De staatsnoodrechtelijke hiaten van de Interventiewet', *NJB* 2012, p. 1778 e.v.

A. Dek, 'De vuurwerkkramp in Enschede', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 9 e.v.

P.T.M. Desmet, 'De psychologie van financiële compensaties: maakt geld alles goed?', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 583 e.v.

Chr.H. van Dijk, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor opwarming van de aarde', *NJB* 2007, p. 2861 e.v.

## **Van Dijke 2013**

S.C. van Dijke, 'De overstromingsverzekering in Nederland', in W.H. van Boom en S.D. Lindenberg (red.), *Politiek Privaatrecht*, Den Haag, Bju 2013, p. 247 e.v.

W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012, p. 3020 e.v.

R.J. Dijkstra en L.T. Visscher, 'Een pleidooi voor beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders wegens falend toezicht', *Tijdschrift voor Financieel recht* 2007, p. 140 e.v.

R.J. Dijkstra en L.T. Visscher, 'Aansprakelijkheidsbeperking van (markt)-toezichthouders: de weg naar beter toezicht?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2012, p. 22 e.v.

L. Dommering-van Rongen, 'Veel rampen, weinig dekking', *AV&S* 2001, p. 61.

I.C. Durant, 'Belgium', in M. Faure en T. Hartlief (red.), *Financial Compensation for Victims of Catastrophes. A Comparative Legal Approach*, Wenen/New York: Springer 2006, p. 37 e.v.

B.-J. van Emmerik, D. Sjouke en J. Zents, 'Kan ook de scheidsrechter een rode kaart krijgen?', *NJB* 2010, p. 479 e.v.

E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Bju 2009.

**Van Ettekoven e.a. 2013**

B.J. van Ettekoven e.a., 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2013, p. 49 e.v.

**Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal (Hoekstra/Frijns) 2014**  
Rapport van de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal (Hoekstra/Frijns), Balans: Amsterdam 2014.

N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem en N.S.G.J. Vermunt (red.), *De kredietcrisis*, Deventer: Kluwer 2010.

M.G. Faure, 'De WTS op de schop?', *AV&S* 2006, p. 65.

M.G. Faure, 'Is Nederland aangepast aan klimaatverandering?', *AV&S* 2010, p. 1.

**Faure 2013**

M. Faure, *Liability and compensation for damage resulting from CO<sub>2</sub> Storage Sites*, rapport aan International Energy Agency, Maastricht 2013.

M.G. Faure en W.H. van Boom, 'Gedragsveronderstellingen en verzekering', in W.H. van Boom en I. Giesen (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Bju 2013, p. 693 e.v.

M. Faure en V. Bruggeman, 'Catastrophic Risks and First-Party Insurance', *Connecticut Insurance Law Journal* 2008-2009, vol. 15, nr. 1, p. 1 e.v.

**Faure en Hartlief 2002**

M.G. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering*, Deventer: Kluwer 2002.

M. Faure en T. Hartlief (red.), *Financial Compensation for Victims of Catastrophes. A Comparative Legal Approach*, Wenen/New York: Springer 2006.

### **Faure en De Mot 2012**

M.G. Faure en J. De Mot, 'Overheidsaansprakelijkheid: doelen en remedies', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. 71 e.v.

M.G. Faure en M.G.W.M. Peeters, 'Financiële zekerheden in het Nederlandse milieurecht', *AV&S* 2010, p. 136 e.v.

A.Ch.H. Franken, 'Hollandse toestanden', *AV&S* 2009, p. 261.

A.Ch.H. Franken, 'Het verzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht – een verkenning', *AV&S* 2010, p. 185 e.v.

A.Ch.H. Franken, 'Wetsvoorstel tot invoering van een generieke zorgplicht in de Wft', *VR* 2013, p. 404 e.v.

### **Frenk 2006**

N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekerbaarheid', *AV&S* 2006, p. 108 e.v.

N. Frenk, 'Aansprakelijkheid voor de oproep tot een "bank run"', *VR* 2011, p. 1 e.v.

M.R. Gans, 'Slotbeschouwing', in F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman (red.), *Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; de grenzen voorbij?*, Den Haag: Bju 2011, p. 85 e.v.

### **Giesen 2005**

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

I. Giesen, 'Handhaving in, via, door en met het privaatrecht: waar staan we nu?', in E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé en M.Y. Schaub (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Bju 2009, p. 308 e.v.

I. Giesen, 'Collectieve actie in Nederland en Europa: *and the winner is...*', *NTBR* 2013, p. 291 e.v.

### **Gilissen 2013**

H.K. Gilissen, *Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlands waterbeheer*, diss. Utrecht, 2013, hoofdstuk 7.

K.J. de Graaf, 'Over het bestuursrechtelijke karakter van onverplicht tegevoetkomen', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.),

*Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. 518 e.v.

J.F. de Groot, 'Na de ramp. Een beschouwing over de toepassing van de WTS', *O&A* 2004, p. 141 e.v.

### **Grundman-van de Krol 2009**

C.M. Grundmann-van de Krol, 'Kredietcrisis en financiële regelgeving', in N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem en N.S.G.J. Vermunt (red.), *De kredietcrisis*, Deventer: Kluwer 2010, p. 47 e.v.

### **Haazen 2011**

I. Haazen, 'Q-koorts in Nederland: wie is aansprakelijk voor de gezondheidsschade?', *NTBR* 2011, p. 394 e.v.

### **Haentjens en Den Hollander 2013**

M. Haentjens en P.W. den Hollander, 'Europees aansprakelijkheidsrecht door de voordeur: de aangescherpte verordening inzake ratingbureaus', *WPNR* 6985 (2013), p. 623 e.v.

T. Hartlief, 'Vergoeding van Watersnoodschade', in M. Faure en F. Stroink (red.), *Recht in het water. De juridische aspecten van watersnood*, Antwerpen: Intersentia 1995, p. 131 e.v.

T. Hartlief, 'Vergoeding van watersnoodschade', *NJB* 1995, p. 311 e.v.

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, oratie Leiden, Deventer: Kluwer 1997.

T. Hartlief, 'Schadefondsen en de rol van de overheid', in *Kring van aansprakelijken bij massaschade*, LSA 2002, Den Haag: Vermande 2002, p. 61 e.v.

T. Hartlief, 'Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving?', *WPNR* 6772 (2008), p. 769 e.v.

T. Hartlief, *Anno 2010*, deLex: Amsterdam 2009.

T. Hartlief, 'Een aswolk als leermoment', *NJB* 2010, p. 1159.

### **Havinga 2010**

T. Havinga, 'Draagt aansprakelijkheidsrecht bij aan de voedselveiligheid?', *Recht der Werkelijkheid* 2010, p. 6 e.v.

T.A. Hekster, 'De Legionellabacterie en opstallen. De risicoaansprakelijkheid van artikel 6:174 bij de Westfriese Flora', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 225 e.v. (met commentaar van F.E.J. Beekhoven van den Boezem).

### **Van der Helm 2003**

J.J. van der Helm, 'Tegemoetkomingsregelingen na de vuurwerkcramp', *TVP* 2003, p. 40 e.v.

H. Hendriks, 'De eerste interventie van Nederland', *V&O* 2013, p. 42 e.v.

### **Hengeveld 2007**

W.J. Hengeveld, 'De afwikkeling van voorbije rampen', *AV&S* 2007, p. 236 e.v.

M. Hildebrandt, R.E. Leenes en M.H.A.F. Lokin, 'Technologie en wetgeving in cyberspace: verstandshuwelijk of innige relatie', *Regelmaat* 2012, p. 61 e.v.

### **Hoeblal en Wiercx 2013**

A.D.S. Hoeblal en J.J.A. Wiercx, 'Bail-in: over de (wettelijke) beperking van rechten van crediteuren', *MvV* 2013, p. 269 e.v.

### **Hoitink 2010**

J. Hoitink, 'Behoorlijk omgaan met schadeclaims: wees coulant, maar met verstand', *O&A* 2010, p. 4 e.v.

P.W. den Hollander, 'Relativiteit en de verhouding van de rechter tot de wetgever', in T. Barkhuysen, W. den Ouden en M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Kluwer, Deventer 2012, p. 297 e.v.

D.M. van der Houwen, 'Een algemene zorgplicht voor financiële dienstverleners in de Wft, een goed idee?', *V&O* 2012, p. 219 e.v.

E.H. Hulst, 'Schadefondsen bij rampen', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 171 e.v.

### **Van den Hurk en Strijbos 2012**

A.J.A.D. van den Hurk en F.P.C. Strijbos, 'De Interventiewet en het Crisis Management Framework: hoe de afwikkeling van financiële ondernemin-

gen dwingt tot aanpassing van het vermogensrecht', *NTBR* 2012, p. 346 e.v.

R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid*, deel I, WODC, Den Haag 2007.

### **Van IJperenburg 2012**

J. van IJperenburg, 'De Interventiewet: nieuwe instrumenten in het kader van crisismanagement bij financiële ondernemingen', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012, p. 240 e.v.

C. Jaakke, 'Strengere regels voor ratingbureaus. Een vereenvoudiging van de aansprakelijkstelling onder Nederlands recht?', *Ars Aequi* 2014, p. 190 e.v.

### **Jacobs 2013**

B. Jacobs, 'De DDoS Paradox: Ontsluiten door Afsluiten', *NJB* 2013, p. 2193 e.v.

### **De Jong 2011**

E. de Jong, 'Tussen fabel en feit', *NJB* 2011, p. 2836 e.v.

### **De Jongh en Schild 2013**

M. de Jongh en A. Schild, 'Supersnelrecht bij de Afdeling', *NJB* 2013, p. 736 e.v.

P.A.J. Kamp, 'Massaschades en verzekering', in *Massaschade*, LSA, Lelystad: Vermande 1995, p. 55 e.v.

E. de Kezel, C.C. van Dam, I. Giesen en C.E. du Perron, *Financieel toezicht en aansprakelijkheid in internationaal verband*, deLex, Amsterdam 2009.

E. de Kezel, *Asbest, gezondheid en veiligheid. Ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. Utrecht, Antwerpen: Intersentia 2013.

G.A. Kleinegris, 'Aansprakelijkheid dijkbezitter ingeval van dijkdoorbraak', *NJB* 2014, p. 568-569.

E. Kolasinac, J. Holsappel, N. Oberijé en H. te Brake. 'Zelfredzaamheid en crisissituaties' in het Themanummer: 10 jaar Magazine – Terugblik en vooruitzicht van het *Magazine Nationale Veiligheid en Crisisbeheersing*, december 2012, nr. 6, p. 56 e.v.

J.S. Kortmann, *The Tort Law Industry*, oratie Amsterdam (UvA), Amsterdam 2009.

J.S. Kortmann en C.A. Sieburgh, *Handhaving door Nederlands privaatrecht*, preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Den Haag: Bju 2009, p. 249 e.v.

### **Koster 2013**

H. Koster, 'De praktische gang van zaken rondom SNS', *Ondernemingsrecht* 2013, p. 189 e.v.

E.E. Krikke, 'Waar voorzorg een rol kan spelen', in W.H. van Boom, M. van Kogelenberg en L. Tuil (red.), *Boobytraps, valkuilen en instinkers in het burgerlijk recht*, Den Haag, Bju 2012, p. 23 e.v.

J.M. van de Laar, 'Going down, going down... de Bijlmer-ramp', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 27 e.v.

### **Labeur en Wibier 2010**

R. Labeur en R. Wibier, 'Kroniek van het financiële recht', *NJB* 2012, p. 1031 e.v.

### **Leeuw 2010**

F.L. Leeuw, 'Crisis en toezicht', *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, p. 65 e.v.

S. Lierman, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid*, diss. Antwerpen, Antwerpen: Intersentia 2004.

P.H. van Lieshout, 'Het Besluit risico's zware ongevallen (Brzo). Beschouwingen vanuit de inspectiepraktijk', *TO* 2013, p. 113 e.v.

R.D. Lubach en A. Wilken, 'Toezicht en aansprakelijkheid in de personenschadepraktijk', *TVP* 2008, p. 11 e.v.

G.E. van Maanen, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?', in *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 9 e.v.

### **Van Maanen 2013**

G.E. van Maanen, 'De impact van het EVRM op de letselschadepraktijk', in *In de schaduw van het slachtoffer*, LSA, Den Haag: Sdu 2013, p. 71 e.v.

B. Maat, 'De legionella-affaire in Bovenkarspel en de mogelijke toepasselijkheid van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen', *VR* 2000, p. 353 e.v.

R.H. Maatman en S. Azahaf, 'Financieel toezicht en schadelijk gedrag', *Ondernemingsrecht* 2010, p. 296 e.v.

R.H. Maatman en M.H.J.M. ter Braak, 'Financiële crisis en noodsituatie', *Ondernemingsrecht* 2012, p. 287 e.v.

R.H. Maatman en C.F. Flinterman, 'Financieel toezicht vóór en na de kredietcrisis', in N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem en N.S.G.J. Vermunt (red.), *De kredietcrisis*, Deventer: Kluwer 2010, p. 25 e.v.

F.H.J. Mertens, 'De positionering van het overheidstoezicht: is een revitalisering van het discours over toezicht gewenst?', *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, p. 39 e.v.

#### **Van der Meulen e.a. 2012**

B.M.J. van der Meulen, A. Szajkowska, R. Spirovska Vaskoska en P. Belmar von Kretschmann, 'Verantwoordelijkheid voor voedselveiligheid', *O&A* 2012, p. 68 e.v.

L. Meurkens, E. Nordin (eds.), *The Power of Punitive Damages – Is Europe Missing Out?*, Cambridge: Intersentia 2012.

E.R. Muller (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Deventer: Kluwer 2004.

E.R. Muller (red.), *Crises in Nederland: Rampen, rellen, gijzelingen en andere crises*, Deventer: Kluwer 2011.

E.R. Muller en C.J.J.M. Stolker (red.), *Ramp en recht*, Den Haag: Bju 2001.

Nationale Ombudsman, *Behoorlijk omgaan met schadeclaims*, rapport 2009/135 (24 juni 2009), Den Haag 2009.

Nationale Ombudsman, *'Het spijt mij' Over Q-koorts en de menselijke maat*, rapport 2012/100 (19 juni 2012), Den Haag 2012.

N.A. van Opbergen, 'De wenselijkheid van een algemene zorgplicht in de Wft', *Onderneming en Financiering* 2013, p. 20 e.v.

M. Olaerts, 'Van aansprakelijkheid tot voorzorg', *AV&S* 2003, p. 114 e.v.

W.J. Oostwouder, 'Naar herstel van vertrouwen?', *Onderneming en Financiering* 2009, p. 5 e.v.

### **Van Orsouw 2010**

E.M. van Orsouw, 'Vuurwerkkramp Enschede: de Staat gaat vrijuit', *MvV* 2010, p. 256 e.v.

A.T. Ottow, 'Het Europese toezicht op de financiële markten', *Regelmaat* 2011, p. 202 e.v.

A.T. Ottow en P.B.M. Robben, 'De toezichthouder als koorddanser', *Tijdschrift voor Toezicht* 2012, p. 32 e.v.

J.A.J. Peeters, 'Rampschade', *NJB* 1980, p. 498 e.v.

M.J. van Pomeran, 'Rechtsbescherming tegen de onteigening van SNS – een juridische striptease', *Bb* 2013, p. 78 e.v.

### **Prins 2009**

C. Prins, 'Griep, varkens en andere vervelende beestjes', *NJB* 2009, p. 2551.

C. Prins, 'Een hack bij DigiNotar', *NJB* 2011, p. 2009.

C. Prins, 'Nieuw buitenlandbeleid voor de digitale wereld', *NJB* 2012, p. 2225.

C. Prins, 'Zorgplichten en Cybercrime', *NJB* 2013, p. 1185.

Raad van State, 'De Raad in de staat', *Jaarverslag 2012*, Den Haag 2012/2013.

A. Reisberg, 'The role of credit rating agencies in the current financial crisis – an English legal perspective', in N.E.D. Faber, C.M. Grundmann-van de Krol, F.E.J. Beekhoven van den Boezem en N.S.G.J. Vermunt (red.), *De kredietcrisis*, Deventer: Kluwer 2010, p. 169 e.v.

S. Resodihardjo en A. Kors-Walraven, 'Veiligheid. Een almaar uitdijend concept', *Tijdschrift voor Veiligheid* 2012, p. 3 e.v.

U. Rosenthal en E.R. Muller, 'Het grondrecht op veiligheid', in E.R. Muller (red.), *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 59 e.v.

### **Van Rossum 2005**

A.A. van Rossum, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht', in *Toezicht*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2005, p. 1 e.v.

R.F. Ruers, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering*, diss. Rotterdam, Den Haag: Bju 2012.

V. Sagaert, 'Eigendomsbescherming in de financiële crisis: gelijke smart is halve smart', *NTBR* 2013, p. 169.

S. Sahtie, 'Wettelijke aansprakelijkheidsbeperking voor DNB en AFM. Hoe hoog komt de nieuwe lat te liggen?', *MvV* 2012, p. 271 e.v.

E. van der Schans, 'Regen als ramp. Wateroverlast en de WTS', *TMA* 2000, p. 13 e.v.

A.J.J.G. Schijns, 'Het ombudsmanrapport *Behoorlijk omgaan met schadeclaims* in het licht van de behoeften van slachtoffers van rampen', *O&A* 2010, p. 24 e.v.

### **Van Schoubroeck 2002**

C. van Schoubroeck, 'Objectieve aansprakelijkheid en verzekeringsplicht bij schade door rampen. Een Belgische case-study', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 145 e.v.

E.M. Sent, 'Over de grenzen van financieel toezicht', *Ondernemingsrecht* 2013, p. 171 e.v.

V.P.G. de Serière, 'Is versterking van het toezichtsinstrumentarium van De Nederlandsche Bank wenselijk?', *Ondernemingsrecht* 2011, p. 12 e.v.

### **Slob 2013**

P.F. Slob, 'Preventie, een politieke wassen neus?', in W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh (red.), *Politiek Privaatrecht*, Den Haag, Bju 2013, p. 119 e.v.

J.A.M.A. Sluysmans en M.J.W. Timmer, 'De Interventiewet en de SNS-ontteigening', *MvV* 2013, p. 214 e.v.

J. Spier, *Rampscenario's. De prijs van onzekerheid na 11 september 2001*, oratie Maastricht, Deventer: Kluwer 2001.

J. Spier, 'Wer baut auf Wind, baut auf Satans Erbarmen', *NJB* 2007, p. 2872.

### **Spier 2008**

J. Spier, 'Het WRR-rapport Onzekere veiligheid: een welkome stap voorwaarts', *NJB* 2008, p. 2521 e.v.

### **Spier 2011**

J. Spier, 'De grenzen van het aansprakelijkheidsrecht', in F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman (red.), *Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; de grenzen voorbij?*, Den Haag: Bju 2011, p. 13 e.v.

### **Spier 2012**

J. Spier m.m.v. E. de Jong, *Shaping the law for global crises*, Den Haag: Eleven 2012.

R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011.

R. Theissen, 'Versterking governance DNB en AFM', *Ondernemingsrecht* 2011, p. 396 e.v.

### **Timmer 2013**

W. Timmer, 'Zorgplichten aan het werk', *Regelmaat* 2013, p. 354 e.v.

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2010.

M.K.G. Tjepkema, 'Tegemoetkomingen van overheidswege: ongeregeld en ondoorzichtig bestuur anno 2014', *NTB* 2014, p. 18 e.v.

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam, Deventer: Kluwer 2007.

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders', *Bb* 2011, p. 39 e.v.

### **Tjong Tjin Tai 2013**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Zorgplichten van banken tegen DDoS-aanvallen', *NJB* 2013, p. 2196 e.v.

B. Unger, 'Wie is verantwoordelijk voor de financiële crisis?', *Justitiële Verkenningen* 2009, p. 77 e.v.

A.J. Van, 'De Legionella-epidemie na de Westfriese Flora', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 39 e.v.

### **Verheij 2013**

A.J. Verheij, 'Immuniteten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?', in *Immuniteten. Het recht opzijgezet?*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2013, p. 63 e.v.

L.F.M. Verhey en N. Verheij, 'De macht van de marktmeesters', in *Toezicht*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2005, p. 135 e.v.

M.A.M. Verveld-Suijkerbuijk en A.J.P. Tillema, 'Netwerk- en informatiebeveiliging: ontwikkelingen in het regelgevende kader', *Ondernemingsrecht* 2013, p. 390 e.v.

N. Vloemans, 'Events are in the saddle...the terrible ifs accumulate', *AV&S* 2010, p. 3 e.v.

O. Vos en J. van Spanje, 'Goedbedoelde willekeur', *Openbaar Bestuur* 2002/1, p. 8 e.v.

### **De Vries 1998**

F.J. de Vries, 'Vergoeding van rampschade', *NJB* 1998, p. 1908 e.v.

G.H. de Vries, 'Onzekere veiligheid', *AV&S* 2010, p. 157 e.v.

R.D. Vriesendorp en R. Wibier, 'De kredietcrisis en privaatrecht' *NJB* 2009, p. 2 e.v.

### **Wansink 2003**

J.H. Wansink, 'Assurance oblige: de maatschappelijk verantwoord handelende verzekeraar in de 21<sup>e</sup> eeuw', *AV&S* 2003, p. 45 e.v.

J.H. Wansink, 'De Nederlandse oplossing voor het verzekeren van terrorismeschade en het WAM-risico', *AV&S* 2004, p. 29 e.v.

### **Wansink 2007**

J.H. Wansink, 'De directe actie ex art. 7:954 bij rampschade', *AV&S* 2007, p. 228 e.v.

J.H. Wansink, 'Toezicht op goed gedrag: de veranderde rol van de toezichhouders', *AV&S* 2010, p. 57 e.v.

P.J. Wattel, 'Mannenpyramidespel', *NJB* 2013, p. 797.

### **Wattel 2013**

P.J. Wattel, 'Legitimate expectations', *NJB* 2013, p. 347.

M. van der Weide, 'Nieuwe Europese regelgeving voor ratingbureaus inzake het beoordelen van uitgevende instellingen en securitisatietransacties', *V&O* 2013, p. 209 e.v.

R. Wibier, 'Lessen naar aanleiding van de kredietcrisis', *NJB* 2009, p. 1198 e.v.

### **Wibier 2010**

R. Wibier, *De kredietcrisis en het privaatrecht*, oratie Tilburg, 2010.

R. Wibier, 'Algemene lessen voor financiële instellingen?', *NJB* 2010, p. 2340 e.v.

R. Wibier, 'In afwachting van ...enige rust op het terrein van het financiële recht?', *NJB* 2011, p. 2 e.v.

### **Wibier 2011**

R. Wibier, 'Zachte heelmesters, stinkende wonden', *NJB* 2011, p. 1551 e.v.

P. van Wijck, 'Over risico, onzekerheid en recht', *O&A* 2012, p. 112 e.v.

W.G. Wolters, 'Spelen met financiële risico's in een onzekere wereld', *Justitiële Verkenningen* 2009, p. 12 e.v.

### **WRR 2008**

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Onzekere veiligheid. Verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid*, WRR-Rapport nr. 82, Den Haag 2008.

### **WRR 2011**

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Evenwichtskunst. Over de verdeling van verantwoordelijkheid voor fysieke veiligheid*, Den Haag 2011.

**WRR 2013**

WRR, *Toezen op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*, Amsterdam/Den Haag 2013.

M. Zwagerman, 'De cafébrand in Volendam', in A. Akkermans en E. Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 67 e.v.

# *Strafrecht en crises*

---

B.F. Keulen\*

---

## **Inhoudsopgave**

<b>1.</b>	<b>Inleiding</b>	197
<b>2</b>	<b>Strafbare voorbereiding</b>	199
2.1	Het Wetboek van 1886 en de bestrijding van revolutionaire woelingen	199
2.2	Mislukte uitlokking; voorbereiding van drugsmisdrijven; voorbereidingshandelingen	202
2.3	Vorbereiding van terroristische misdrijven	207
2.4	De Voetbalwet; art. 141a Sr	210
2.5	Een (her)waardering	212
<b>3</b>	<b>Culpose delicten en orderingsdelicten</b>	215
3.1	Inleiding	215
3.2	Culpose delicten	217
3.3	Orderingsdelicten	222
3.4	Afronding	228
<b>4</b>	<b>Opsporing en crises</b>	230
4.1	Inleiding	230
4.2	Opsporing van voorbereiding	230
4.3	Opsporing en orderingsdelicten	236
<b>5</b>	<b>Strafrechtelijk onderzoek en onderzoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid</b>	239
5.1	Inleiding	239
5.2	Hoofdlijnen van het onderzoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid	240
5.3.	De verhouding tot strafrechtelijk onderzoek	242
5.4	Twee van elkaar onafhankelijke trajecten?	247

\* De auteur is hoogleraar straf(proces)recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

5.5	De uitsluiting van bewijsmateriaal	251
5.6	Afronding	253
<b>6</b>	<b>Samenvatting en conclusie</b>	254
	<b>Literatuur</b>	256

## 1. Inleiding

In het strafrecht staan strafbare feiten centraal. Kern van elk strafbaar feit is een menselijke gedraging. Dat kan een handeling of een nalaten zijn. Die gedraging kan als zodanig strafbaar zijn gesteld of onder begeleidende objectieve en subjectieve voorwaarden voor strafbaarheid. Aan het bestraffen van gedragingen is een element van vergelding inherent, daarnaast kunnen er doelen mee worden nagestreefd als generale en speciale preventie.

Het begrip crisis wordt door Van Dale anno 2014 verduidelijkt als ‘periode van ernstige stoornis’. Die periode van ernstige stoornis kan het beoogde gevolg zijn van menselijke gedragingen. Te denken valt aan een terroristische aanslag. De periode van ernstige stoornis kan ook een niet beoogd gevolg zijn van menselijke gedragingen. Te denken valt aan de brand in café De Hemel in Volendam. En een periode van ernstige stoornis kan ook een andere oorzaak hebben dan een menselijke gedraging. Te denken valt aan de uitbraak van een infectieziekte. Uit deze ruwe categorisering van crises vloeit voort dat het strafrecht een rol kan hebben bij een crisis. Het op basis van een strafbaarstelling van gedragingen aanwenden van strafvorderlijke bevoegdheden kan er aan bijdragen dat een crisis wordt voorkomen. En strafbaarstelling maakt het mogelijk dat gedragingen die tot een crisis hebben geleid of deze hebben verergerd worden bestraft. Uit deze ruwe categorisering van crises vloeit ook voort dat de rol die het strafrecht kan hebben sterk verschilt afhankelijk van het type crisis.

Bij crises die het beoogde gevolg zijn van menselijke gedragingen kan het strafrecht er aan bijdragen dat de crisis wordt voorkomen doordat gedragingen die in de voorbereidende fase plaatsvinden strafbaar worden gesteld. Te denken valt aan gedragingen als het anderen trachten te bewegen tot een ernstig misdrijf, het verwerven van voorwerpen die het plegen van een ernstig misdrijf mogelijk maken, en samenspanning tot een ernstig misdrijf. Strafbaarstelling van dergelijke gedragingen kan een basis vormen voor strafvorderlijk ingrijpen: aanhouding en inverzekeringstelling van de verdachte alsmede inbeslagneming van daarvoor vatbare voorwerpen. Nederland was vroeger betrekkelijk zuinig met strafbaarstellingen van gedragingen in de voorbereidende fase. Daar is de laatste decennia verandering in gekomen. In de tweede paragraaf van dit preadvies wordt dit sterk gegroeide palet van strafbaarstellingen van voorbereiding onder de loep genomen.<sup>1</sup>

1. Gemakshalve spreek ik van voorbereiding; daaronder vallen dus ook ‘bevorderingshandelingen’.

De centrale vraag bij crises die het niet beoogde gevolg zijn van menselijke gedragingen is veelal of een strafrechtelijk verwijt ter zake van deze gedragingen gerechtvaardigd is en, zo ja, hoe zwaar dit verwijt weegt. De strafvervolging vindt in deze gevallen veelal (mede) plaats op basis van strafbaarstellingen van culpose delicten. Deze strafbaarstellingen zijn een aantal jaren geleden flink gewijzigd. De wettelijke strafmaxima van culpose delicten zijn verhoogd en bij schuld die bestaat in roekeloosheid kent de wet nu een nog hoger strafmaximum. Naast de repressieve functie speelt evenwel ook bij deze crises de preventieve functie van het strafrecht een rol. Het strafrecht kan een bijdrage leveren aan het voorkomen van niet beoogde crises door strafbaarstelling van gedragingen die de kans op het ontstaan van crises vergroten. Dergelijke strafbaarstellingen zijn te vinden in ordeningswetgeving, bijvoorbeeld op het terrein van het verkeersrecht en het milieurecht. In deze ordeningswetgeving verschilt de plaats die de strafrechtelijke handhaving heeft ten opzichte van de bestuurlijke per rechtsgebied; deze verhouding is bovendien geen rustig bezit. In de derde paragraaf wordt het samenstel van strafbaarstellingen van culpose delicten en ordeningsdelicten mede in relatie tot de bestuurlijke handhaving verkend.

Maar niet alleen het materiële strafrecht is van belang in verband met crises. Het materiële strafrecht wordt verwerkelijkt door het strafprocesrecht. De rol van het strafrecht bij het voorkomen van crises is in belangrijke mate de rol van het strafprocesrecht. Onderzoek dat van belang is voor het voorkomen van crises vindt evenwel ook in andere dan de strafvorderlijke context plaats. De AIVD kan informatie aandragen die op strafbare voorbereiding van terroristische aanslagen duidt. En in ordeningswetten worden in veel gevallen toezichthoudende taken met bijbehorende bevoegdheden aan ambtenaren toebedeeld. In de vierde paragraaf wordt de rol van het strafrechtelijk (voor)onderzoek bij het voorkomen van crises mede in relatie tot deze andere vormen van onderzoek onder de loep genomen.

Strafrechtelijk (voor)onderzoek heeft, ten slotte, ook een functie na een crisis. Door opsporing en vervolging van strafbare feiten kunnen degenen die de crisis hebben veroorzaakt of deze hebben verergerd worden bestraft. Ook deze rol vervult het straf(proces)recht evenwel niet in een isolement. Sinds een aantal jaren regelt de Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid (ROvV) een afzonderlijk onderzoek naar de oorzaken van crises. Dit onderzoek heeft deels betrekking op dezelfde vragen als het strafvorderlijke; in beide neemt het in kaart brengen van oorzaken en gevolgen een belangrijke plaats in. Tegen deze achtergrond wordt in de vijfde paragraaf de verhouding tussen deze beide vormen van onderzoek besproken.

## 2. Strafbare voorbereiding

### 2.1 *Het Wetboek van 1886 en de bestrijding van revolutionaire woelingen*

In het Wetboek van Strafrecht zoals dat in 1886 in werking trad, stonden twee strafbaarstellingen van samenspanning. De belangrijkste was te vinden in art. 96 Sr.<sup>2</sup> Dat stelde gevangenisstraf op samenspanning tot één der in de artikelen 92-95 Sr omschreven misdrijven. De in deze artikelen omschreven misdrijven waren (en zijn) misdrijven tegen de veiligheid van de Staat, zoals de aanslag ondernomen met het oogmerk om de Koning van het leven of de vrijheid te beroven (art. 92 Sr). Daarmee had de strafbaarstelling van samenspanning een duidelijke functie bij het voorkomen van crises. Bij ontdekking van de samenspanning kon strafrechtelijk worden opgetreden voordat het tot een aanslag kwam.

Met strafbaarstellingen van (andere) voorbereidingshandelingen was de wetgever van 1886 zuinig. De memorie van toelichting bij de titel inzake misdrijven tegen de veiligheid van de Staat gaf aan: ‘Zoolang er noch aanslag noch zamenspanning bestaat, noch opruijing in den zin van art. 140 [131], zijn er slechts neigingen en voornemens waar te nemen, die de noodige kenteekenen van vasten wil en van voor den staat dreigend gevaar missen om strafbaar te wezen. Er bestaat geen genoegzame grond, om voor de in dezen titel omschreven misdrijven zóó ver van de algemeene beginselen af te wijken, dat enkel voorbereidende handelingen, door geen begin van uitvoering gevolgd, en nog minder een voorstel dat niet wordt aangenomen, met straffen zouden worden bedreigd.’<sup>3</sup>

Wel nam de wetgever enkele bijzondere strafbaarstellingen van voorbereidingshandelingen op bij valsheidsdelicten. Zo stelde art. 214 Sr straf op het voorhanden hebben van stoffen of werktuigen waarvan de betrokkene weet dat zij tot het plegen van een muntmisdrijf bestemd zijn.<sup>4</sup>

Enkele decennia later kwam de wetgever tot een andere afweging. Op 12 november 1918 deed Pieter Jelles Troelstra een oproep tot een revolutie. Als reactie daarop zond de regering troepen naar de drie grote steden om een mogelijke opstand neer te slaan. Ook werden aanplakbiljetten opgehangen waarin de regering aankondigde het gezag en de orde te zullen handhaven.<sup>5</sup> Tot een revolutie kwam het als bekend niet, deze episode ging de geschiedenis in als de ‘vergissing’ van Troelstra. Maar een crisis had

2. Zie daarnaast art. 103 Sr.

3. Smidt II, p. 15-16. Zie over de afwegingen van de wetgever en de Commissie De Wal Mols 1982, p. 61 e.v..

4. Smidt II, p. 238 t.a.v. art. 214 Sr.

5. Wijne 1999, p. 7, 29

Troelstra met zijn oproep zeker veroorzaakt. Betrekkelijk kort daarna kwam de regering met een wetsvoorstel dat het strafrecht beter op dergelijke crises moest toesnijden.

Het wetsvoorstel houdende nadere voorzieningen tot bestrijding van revolutionaire woelingen stelde onder meer voor art. 96 Sr aldus te wijzigen dat '(d)e voorbereiding of de samenspanning tot een der in de artikelen 92-95 omschreven misdrijven' strafbaar werd.<sup>6</sup> Dat zelfs de voorbereiding van een aanslag, ondernomen met het oogmerk om de grondwettige regeringsvorm te vernietigen 'hier te lande in het algemeen niet strafbaar is gesteld' was volgens de memorie van toelichting 'als eene leemte in de Strafwet te beschouwen. De voorbereiding van een concreten voorgenomen aanslag, als hierboven bedoeld, is (...) evenzeer als misdrijf aan te merken als de bij artikel 96 van het Wetboek van Strafrecht bedoelde samenspanning, welke niet anders is dan een bijzondere vorm van voorbereiding.'<sup>7</sup> Dit wetsvoorstel riep in de Tweede Kamer zeer verschillende reacties op.<sup>8</sup> Enkele leden zagen blijkens het voorlopig verslag als bezwaar dat dit wetsvoorstel 'een onduidelbare bedreiging van de persoonlijke vrijheid, van de vrijheid van gedachte en politieke actie' zou zijn. Andere leden meenden dat de regering een wettelijke regeling als de onderhavige niet nodig had omdat 'de communistische plant' in onze bodem toch geen wortel zou kunnen schieten. Maar zeer veel andere leden 'juichten de indiening van het ontwerp ten zeerste toe'.

Specifiek tegen de voorgestelde wijziging van art. 96 Sr hadden verscheidene leden 'ernstig bezwaar. Het strafbaar stellen van elke voorbereidingshandeling tot een misdrijf, onverschillig van welken aard die handeling overigens is, ongeacht de mate van haar gevaarlijkheid en haar geschiktheid tot het bereiken van het beoogde doel, ongeacht ook het stadium, waarin de voorbereiding verkeert, achtten zij zeer ongewenscht.' Deze leden deelden de opvatting van de wetgever uit 1881, 'die uitging van het beginsel, dat voorbereidingshandelingen in het algemeen niet strafbaar dienen te worden gesteld'. Vele andere leden dachten daar anders over; zij meenden dat de wetgever van 1881 geen rekening kon houden 'met bijzondere omstandigheden, gelijk thans bestaan. De strafbepalingen, door dien wetgever vastgesteld, zijn voor onzen tijd ontoereikend gebleken.' Deze leden wilden evenwel niet ontkennen dat de voorgestelde redactie van art. 96 'enigszins ruim' was. Daarom gaven deze leden aan het zeer op prijs te stellen 'indien de Minister zou kunnen besluiten de voorbereidingshandelingen, welke hij inzonderheid op het oog heeft en welke hij strafbaar wenscht te stellen, in artikel 96 met name te noemen, opdat elke uitlegging van het begrip 'voorbereiding' overbodig worde.'

6. *Kamerstukken II 1919/20*, Bijlage 428, nr. 2. Zie daarover ook Mols 1982, p. 71 e.v..

7. *Kamerstukken II 1919/20*, Bijlage 428, nr. 3, p. 2.

8. *Kamerstukken II 1919/20*, Bijlage 428, nr. 4, p. 5-9.

Die handschoen pakte de minister op. In de memorie van antwoord gaf hij aan dat het hier te lande iemand naar de wet geoorloofd is om met het oogmerk om een aanslag 'voor te bereiden of te bevorderen, de meest bedenkelijke handelingen van voorbereiding of bevordering te plegen. Het is hem in het algemeen geoorloofd, dat hij anderen tracht te bewegen om aan den aanslag mede te werken of om daartoe gelegenheid, middelen of inlichtingen te verschaffen; dat hij gelegenheid, middelen of inlichtingen tot het plegen van den aanslag zich of anderen tracht te verschaffen; dat hij voorwerpen voorhanden heeft, waarvan hij weet dat zij bestemd zijn tot het plegen van den aanslag; dat hij plannen voor de uitvoering van den aanslag, welke bestemd zijn om aan anderen te worden medegedeeld, in gereedheid brengt of onder zich heeft; dat hij eenigen maatregel, van Regeeringswege genomen om de uitvoering van den aanslag te voorkomen of te onderdrukken, tracht te beletten, te belemmeren of te vrijdelen.'<sup>9</sup> Deze opsomming van gedragingen werd in het gewijzigd ontwerp in het tweede lid van art. 96 Sr neergelegd.<sup>10</sup> Verder verweerde de minister zich met de stellingname dat de voorgestelde regeling de vrijheid van gedachte geheel onaangetast zou laten. Eerst waar de gedachte 'zich omzet in handelingen, welker bedenkelijk karakter hierboven is geschetst, zal de dader strafschuldig worden.'<sup>11</sup>

Op het laatste punt overtuigde de minister de Tweede Kamer niet geheel. Na discussie met de Tweede Kamer is uiteindelijk een lid toegevoegd, luidend: 'Niet strafbaar is hij, van wie blijkt, dat zijn oogmerk enkel is gericht op het voorbereiden of bevorderen van staatkundige veranderingen in algemeen zin.'<sup>12</sup>

Daarmee was het terughoudende standpunt dat de wetgever van 1881 inzake de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen had ingenomen verlaten. De wetgever van 1920 bracht, in de nasleep van de crisis die de oproep tot revolutie van Troelstra teweeg had gebracht, bij misdrijven tegen de veiligheid van de Staat waartoe samenspanning al strafbaar was een groot aantal vormen van voorbereiding onder de reikwijdte van de strafwet. Dat deze vormen van voorbereiding enkel bij deze misdrijven strafbaar werden gesteld, vindt een toereikende verklaring in de aanleiding tot deze wet. Die zag alleen op de bestrijding van revolutionaire woelingen.

9. *Kamerstukken II* 1919/20, Bijlage 428, nr. 5, p. 11.

10. *Kamerstukken II* 1919/20, Bijlage 428, nr. 6.

11. *Kamerstukken II* 1919/20, Bijlage 428, nr. 5, p. 12.

12. Vgl. over die discussie Blok 1921, p. 13-14. Dit lid is inmiddels geschrapt ten gevolge van een amendement bij de Wet terroristische misdrijven.

2.2 *Mislukte uitlokking; voorbereiding van drugsmisdrijven; voorbereidingshandelingen*

Enkele jaren later al kwam een strafbaarstelling van voorbereiding tot stand die niet direct in verband stond met crises. In 1924 werd een nieuw art. 134bis Sr ingevoerd, dat straf stelde op (kort gezegd) de mislukte uitlokking.<sup>13</sup> Strafbaar was voortaan hij die door een uitlokkingsmiddel een ander 'tracht te bewegen om een misdrijf te begaan'. Dat was voor ernstige misdrijven tegen de veiligheid van de Staat al strafbaar gesteld in art. 96 lid 2 onder 1<sup>o</sup> Sr. Anders dan bij de strafbare voorbereiding van art. 96 Sr kon de vrijwillige terugtred hier evenwel tot straffeloosheid leiden. De strafbaarstelling was namelijk niet van toepassing op de mislukte uitlokker 'indien het misdrijf of eene strafbare poging daartoe niet is gevolgd ten gevolge van omstandigheden van zijnen wil afhankelijk' (art. 134bis lid 2 Sr).

De aanleiding tot deze strafbaarstelling lag in enkele pogingen tot omkoping die ter kennis van de minister waren gebracht; incidenten derhalve. De grond voor strafbaarstelling was gelegen in 'het strafwaardig karakter der verleidingshandeling op zichzelf'.<sup>14</sup> De wetgever oordeelde 'het enkele feit, dat men iemand bij wien anders de gedachte aan een strafbaar feit wellicht niet zou zijn opgekomen, tot een misdrijf tracht te verleiden (...) van zoo ernstige aard, dat ingrijpen van den strafrechter niet achterwege mag blijven.'<sup>15</sup> Degene die een ander tracht uit te lokken heeft 'daardoor een groot gevaar doen ontstaan; hij heeft den ander in verzoeking gebracht en men weet van te voren niet, welke gevolgen dat kan hebben.'<sup>16</sup>

Uit deze en andere uitlatingen gedaan tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel dat tot de invoering van art. 134bis Sr leidde, wordt in HR 15 juni 1965, *NJ* 1966/145 m.nt. W.P. (het bekende Zuringzoutarrest) een beperking van de reikwijdte van deze strafbaarstelling afgeleid. De verdachte in deze zaak had voor een zekere V. vergif (zuringzout) gekocht waarmee deze V. zijn vrouw van het leven zou kunnen beroven, maar het misdrijf of een strafbare poging was niet gevolgd. Het Hof had de verdachte vrijgesproken; het achtte met name niet bewezen dat verdachte 'het opzet heeft gehad om bij V. voornoemd het voornemen te doen ontstaan tot dit misdrijf' (V. was volgens verdachte al van plan zijn vrouw te vermoorden). Die vrijspraak hield in cassatie stand. De Hoge Raad leidde uit de wetsgeschiedenis af dat art. 134bis Sr 'doelt op het bewegen van iemand die door de in dat artikel genoemde middelen bewogen wordt'. AG

13. Wet van 28 juli 1924, *Stb.* 370.

14. *Kamerstukken II* 1923/24, 189, nr. 1-3, p. 2.

15. *Kamerstukken II* 1923/24, 189, nr. 1-3, p. 1.

16. Aldus de minister: *Handelingen I* 1923/24, 9 juli 1924, 189, p. 873.

Moons had in andere zin geconcludeerd. Zijn voornaamste bezwaar lijkt te zijn geweest dat ‘een uitleg als die van het Hof tot resultaat heeft, dat strafeloos zou moeten blijven datgene waarvan de strafwaardigheid zich bezwaarlijk laat ontkennen en waarvan het (...) straffeloos moeten blijven zoal niet in flagrante strijd met het rechtsgevoel van een weldenkend mens, dan toch minst genomen daarmee moeilijk verenigbaar is te achten, te weten: het, zonder succes, door een van de in art. 134bis Sr bedoelde middelen een ander aanzetten om een misdrijf, waartoe deze naar men weet of aanneemt reeds het voornemen heeft opgevat, ook werkelijk te begaan.’

In HR 29 juni 1971, *NJ* 1972/232 m.nt. C.B. (het Postwissel-arrest) wordt uit de redactie van art. 134bis Sr op een ander punt een beperking van haar reikwijdte afgeleid. Art. 134bis Sr sprak van mislukte uitlokking van ‘een misdrijf of een poging daartoe’. Uit de omstandigheid dat de poging expliciet genoemd werd, leidde de Hoge Raad af dat de medeplichtigheid hier, anders dan art. 78 Sr als regel gaf, niet onder het begrip misdrijf viel. Mislukte uitlokking van medeplichtigheid viel derhalve niet onder deze strafbepaling. Ook deze restrictieve uitleg kon niet op ieders instemming rekenen.<sup>17</sup>

De restricties van art. 134bis Sr die uit het Zuringzoutarrest en het Postwissel-arrest naar voren komen, kent art. 96 lid 2 Sr niet. In art. 96 lid 2 Sr is de mislukte uitlokking van medeplichtigheid expliciet strafbaar gesteld onder ten 1<sup>o</sup> en de mislukte medeplichtigheid tot misdrijf onder ten 2<sup>o</sup>. Inmiddels is art. 134bis Sr verplaatst naar een nieuw art. 46a Sr. De redactie van de strafbaarstelling is daarbij aangepast; thans is strafbaar gesteld de poging om een ander door een uitlokkingsmiddel ‘te bewegen om een misdrijf te begaan’. De Hullu wijst erop dat bij deze redactie het aan art. 78 Sr ontleende argument om mislukte uitlokking van medeplichtigheid niet strafbaar te achten bij art. 46a Sr niet geldt.<sup>18</sup> Als dat argument de doorslag geeft, zou art. 46a Sr al wat minder van de overeenkomende strafbaarstelling in art. 96 Sr afwijken dan art. 134bis Sr.

Enkele decennia later, in de jaren '70, werd een strafbaarstelling van voorbereiding overwogen die wel in verband stond met crises. Minister van Justitie Van Agt heeft naar aanleiding van de treinkaping bij Wijster en de gijzeling in het Indonesisch consulaat in Amsterdam met de gedachte gespeeld om samenspanning in relatie tot terroristische misdrijven strafbaar te stellen.<sup>19</sup> Tot wetswijziging kwam het evenwel niet.

17. Vgl. de noot van Bronkhorst en Van Veen 1973. Anders Rutgers 1992, p. 110-111 en Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 3 op art. 46a Sr.

18. De Hullu 2012, p. 390.

19. Vgl. *Kamerstukken II* 1975/76, 13 756, nrs. 1-3, p. 37. Zie in dezelfde lijn De Waard 1976, p. 301-302; Mulder 1976, p. 98-100. Vgl. over de discussie destijds Van der Woude 2010, p. 158 e.v. en *Kamerstukken II* 2003/04, 28 463, nr. 10, p. 20-22.

Enkele jaren later werd op een heel ander terrein wel een belangrijke verruiming van de strafbare voorbereiding gerealiseerd. Het in 1985 ingevoerde art. 10a Opiumwet stelde straf op voorbereiding van de ernstigste drugs misdrijven: het binnen of buiten het grondgebied van Nederland brengen, het vervaardigen alsmede het telen, bereiden, bewerken, verwerken, verkopen, afleveren, verstrekken en vervoeren van hard drugs. (Iets te) kort gezegd werden de in art. 96 lid 2 onder ten 1<sup>o</sup> tot en met ten 3<sup>o</sup> Sr omschreven gedragingen in relatie tot deze misdrijven strafbaar gesteld. De strafbaarstelling onder ten 3<sup>o</sup> werd daarbij nog in die zin verruimd dat straf werd gesteld op het voorhanden hebben van ‘voorwerpen, vervoermiddelen, stoffen, gelden of andere betaalmiddelen’ waarvan de betrokkene ‘weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat zij bestemd zijn tot het plegen van dat feit’. Ernstige reden hebben om de criminele bestemming van een voorwerp te vermoeden is bij misdrijven tegen de veiligheid van de Staat niet voldoende voor strafbaarheid.

Deze strafbaarstelling van voorbereiding werd voorgesteld omdat het als een bezwaar werd gevoeld ‘dat pas in een betrekkelijk laat stadium, namelijk wanneer het delict is voltooid of althans strafbare poging (begin van uitvoering) aanwezig is, strafrechtelijk kan worden ingegrepen.’<sup>20</sup> Samen spanning werd niet strafbaar gesteld; het bezwaar van een strafbaarstelling van samenspanning zou zijn dat dit delict met de enkele wilsovereenstemming is voltooid ‘ook al blijft elke concrete gedraging achterwege om aan die overeenkomst uitvoering te geven’.<sup>21</sup> Dat bezwaar bevreemdt enigszins, nu de wetgever het een ander trachten te bewegen om dit feit te plegen wel strafbaar wilde stellen. Dat is een gedraging die nog aan de wilsovereenstemming voorafgaat, en waar – zeker als wilsovereenstemming niet tot stand komt – evenmin een concreet vervolg aan behoeft te zijn gegeven.<sup>22</sup> Een grotere rol heeft mogelijk gespeeld dat ‘wat de verdachten precies zijn overeengekomen veelal moeilijker te bewijzen (zal) zijn dan bepaalde daadwerkelijke handelingen die ter voorbereiding van het misdrijf werden verricht.’<sup>23</sup> En wellicht heeft bij de minister van justitie ook meegespeeld dat de weerstand tegen een strafbaarstelling van samenspanning wel eens groter zou kunnen zijn dan die tegen een strafbaarstelling van voorbereiding.

Op dit voorstel tot verruiming van de strafbare voorbereiding is destijds door een aantal auteurs kritiek geuit.<sup>24</sup> Dat heeft de Tweede Kamer er niet van weerhouden in ruime meerderheid voor dit wetsvoorstel te stemmen. Alle kritiek is daardoor evenwel niet verstomd. De Hullu maakt nog steeds

20. *Kamerstukken II* 1982/83, 17 975, nr. 3, p. 3-4.

21. *Kamerstukken II* 1982/83, 17 975, nr. 3, p. 5.

22. Vgl. reeds Rutgers 1992, p. 298-299.

23. *Kamerstukken II* 1982/83, 17 975, nr. 3, p. 6.

24. Zie voor een overzicht Rutgers 1992, p. 37-39.

bezwaar tegen de strafbaarstelling van het voorhanden hebben van voorwerpen (etc.) waarvan de betrokkene alleen maar ‘ernstige reden heeft om te vermoeden’ dat zij bestemd zijn tot het plegen van het feit. Hij werpt de vraag op of dat niet erg ver gaat. ‘Waar bij de voorbereidingshandelingen de verkeerde intentie onvermijdelijk centraal staat, moeten er wel eisen aan die intentie worden gesteld. Dan is culpa eigenlijk onvoldoende’.<sup>25</sup> De belangrijkste uitbreiding die art. 10a Opiumwet geeft aan de gedragingen die als voorbereiding strafbaar zijn gesteld, afgemeten aan de gedragingen die art. 96 lid 2 Sr bevat, blijft derhalve omstreken.

Een strafbaarstelling van voorbereiding met een veel ruimere reikwijdte was een decennium later aan de orde. In 1994 werd in art. 46 Sr een strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen ingevoerd. Deze strafbaarstelling luidde destijds als volgt: ‘Vorbereiding van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld is strafbaar, wanneer de dader opzettelijk voorwerpen, stoffen, gelden of andere betaalmiddelen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen kennelijk bestemd tot het in vereniging begaan van dat misdrijf verwerft, invoert, doorvoert, uitvoert of voorhanden heeft’. Dat het voorhanden hebben respectievelijk aanwezig hebben van voorwerpen (etc.) centraal werd gesteld, valt terug te voeren op de casus die de aanleiding tot dit wetsvoorstel vormden. Dat waren (voorgenomen) overvallen waarvan de voorbereiding niet tot strafvervolgning aanleiding kon geven en waarbij telkens voorwerpen bestemd tot het plegen van dat feit voorhanden waren.<sup>26</sup>

Dit voorstel kan moeilijk los worden gezien van de – vergeleken met het begin van de twintigste eeuw – sterk toegenomen mogelijkheden tot opsporing. Hetzelfde geldt eigenlijk al voor het voorstel tot invoering van art. 10a Opiumwet. De wetgever van 1881 zag buiten het geval van samenspanning slechts ‘neigingen en voornemens’. Een eeuw later had de wetgever te maken met een praktijk die, mede door het gebruik van de telefoontap, in sommige gevallen over informatie beschikte die duidelijk maakte dat de voorbereiding bepaald wel met de nodige kentekenen van vaste wil gepaard ging. Bij het ontbreken van een strafbaarstelling van voorbereiding en bij de noodzaak tot bescherming van de levens van derden konden dergelijke zaken in veel gevallen enkel stuk gemaakt worden. Dat was de situatie waar art. 46 Sr verandering in moest brengen.<sup>27</sup>

De oorspronkelijke formulering van art. 46 Sr week op een aantal punten af van de formulering in art. 96 lid 2 onder ten 3<sup>o</sup> Sr. Zo werd in art. 46 Sr geëist dat het voorwerp (etc.) bestemd was tot het ‘in vereniging’ begaan

25. De Hullu 2012, p. 404. Overigens is in het thans voorgestelde art. 11a Opiumwet een vergelijkbare formulering gekozen (*Kamerstukken II 2010/11*, 32 842).

26. *Kamerstukken II 1990/91*, 22 268, nr. 3, p. 7-10.

27. *Kamerstukken II 1990/91*, 22 268, nr. 3, p. 2.

van het misdrijf. Art. 96 Sr stelde ook het voorhanden hebben van een voorwerp dat bestemd was tot het door een enkeling plegen van het misdrijf strafbaar. De wetgever heeft deze beperking geschrapt bij de implementatie van het verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme.<sup>28</sup> Aanleiding waren verdragsverplichtingen die door de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen geïmplementeerd werden. Maar het schrappen van de eis van het ‘in vereniging begaan’ zou ook overigens een verbetering opleveren, ‘omdat onvoldoende duidelijk is waarom voorbereiding van een door een enkeling uit te voeren misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaar is gesteld als zozeer minder strafwaardig aangemerkt zou dienen te worden, dat toepassing van artikel 46 Sr is uitgesloten’.<sup>29</sup>

Art. 46 Sr eiste in zijn oorspronkelijke formulering ook dat de voorwerpen (etc.) ‘kennelijk’ bestemd waren tot het (in vereniging) begaan van het misdrijf. Deze beperking is geschrapt door de wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven. Aangegeven werd dat de opvattingen in de literatuur over de wijze waarop dit begrip uitgelegd diende te worden nogal verschilden: ‘Sommigen betogen dat uit de aard van de voorwerpen (etc.) de objectieve bestemming tot het criminele doel dient te blijken, anderen, waaronder De Hullu, betogen dat de criminele intentie van de dader mee mag tellen. De eis van de kennelijke bestemdheid is bij de laatste interpretatie feitelijk overbodig naast de eis dat de dader opzet op de voorbereiding heeft.’<sup>30</sup> Tegen deze achtergrond werd voorgesteld duidelijkheid te creëren door het bestanddeel ‘kennelijk’ te schrappen.

Maar niet alle verschillen met de corresponderende strafbaarstelling van art. 96 Sr zijn verdwenen. Art. 96 lid 2 onder 3<sup>o</sup> Sr rept heel eenvoudig van het voorhanden hebben van ‘voorwerpen’. Art. 46 Sr spreekt net als in 1994 niet alleen van voorwerpen maar ook van ‘stoffen, informatiedragers, ruimten of vervoermiddelen’. De vermelding van ‘gelden of andere betaalmiddelen’ is verdwenen; daarvoor in de plaats kwam een vijfde lid dat bepaalt dat onder voorwerpen ‘alle zaken en alle vermogensrechten’ (en dus ook gelden en andere betaalmiddelen) worden begrepen. Art. 96 Sr definieert het begrip voorwerpen niet.

Al met al zijn na de wet op de revolutionnaire woelingen een aantal strafbaarstellingen ingevoerd die daarin omschreven vormen van voorbereiding ook bij andere misdrijven, die niet met crises in verband staan, tot een

28. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 031, nr. 6. Betrekkelijk recent is er voor gekozen met een nieuw art. 421 Sr een specifieke strafbaarstelling van terrorismefinanciering in te voeren. Vgl. de wet van 10 juli 2013, *Stb.* 292.

29. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 031, nr. 5, p. 4. Vgl. in dit verband Van Veen 1995, p. 370.

30. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 49.

strafbaar feit hebben gemaakt. De bewoordingen van deze strafbaarstellingen weken soms af van die van art. 96 Sr. Die afwijkingen hebben in veel gevallen kritiek opgeroepen en zijn in een aantal gevallen ook al weer verdwenen. Art. 46 Sr eist inmiddels niet meer dat het voorwerp ‘kennelijk’ bestemd is tot het ‘in vereniging’ begaan van het voorbereide misdrijf. De redactie van art. 46a Sr duidt erop dat mislukte uitlokking tot medeplichtigheid thans (anders dan onder art. 134bis Sr) wel strafbaar is. Andere verschillen zijn gebleven; zo volstaat voor strafbaarheid op grond van art. 10a Opiumwet nog steeds het ernstige reden hebben om de criminele bestemming van het voorwerp te vermoeden. Maar dat verschil ontmoet ook nog steeds kritiek.

Daarmee tenderen de strafbaarstellingen van voorbereiding naar formuleringen die met art. 96 lid 2 onder ten 1<sup>o</sup> tot en met ten 3<sup>o</sup> Sr corresponderen. Opvallend is dat de strafbaarstelling van samenspanning, waar de wetgever van 1881 de voorkeur aan gaf boven die van voorbereiding, in deze periode in diskrediet lijkt te zijn geraakt.

### 2.3 *Vorbereiding van terroristische misdrijven*

Niet alleen de reikwijdte van art. 46 Sr is op een aantal punten uitgebreid in verband met de voorbereiding van terroristische misdrijven. Voorbereiding van terroristische misdrijven is de afgelopen jaren ook langs andere weg in ruimere mate strafbaar gesteld. In 2004 is de reikwijdte van artikel 96 Sr uitgebreid door de Wet terroristische misdrijven.<sup>31</sup> Samenspanning tot de ernstigste terroristische misdrijven, die bij voltooiing tot oplegging van levenslange gevangenisstraf kunnen leiden, werd door deze wet strafbaar gesteld. En art. 96 lid 2 Sr is daarbij van overeenkomstige toepassing verklaard.<sup>32</sup> Achtergrond van deze aanpassing waren enkele vrijspraken van vermeende terroristen, zoals in de Lichtstad-zaak, die de vraag deden rijzen of wel adequaat kon worden opgetreden tegen terroristische cellen en netwerkachtige structuren.<sup>33</sup>

Deze uitbreiding ging niet zonder slag of stoot. Kamerleden van linkse partijen verzetten zich heftig. Het Tweede Kamerlid Albayrak (PvdA) diende een amendement in dat ertoe strekte de samenspanning uit het wetsvoorstel te halen.<sup>34</sup> Dat werd alleen door PvdA, SP en GroenLinks gesteund en haalde het niet. Albayrak legde een stemverklaring af: de PvdA zal voor het wetsvoorstel stemmen, maar zij vraagt aantekening dat haar fractie ‘geacht wenst te worden tegen al die onderdelen van het wetsvoor-

31. Wet van 24 juni 2004, *Stb.* 290.

32. Zie bijvoorbeeld art. 176b Sr.

33. Vgl. Krips 2007, p. 182 alsmede *Kamerstukken II* 2002/03, 27 925, nr. 94, p. 8.

34. *Kamerstukken II* 2003/04, 28 463, nr. 17.

stel te hebben gestemd die betrekking hebben op het strafbaar stellen van samenspanning.<sup>35</sup> PvdA en D66 stemden in de Eerste Kamer zelfs tegen het wetsvoorstel wegens inhoudelijke en procedurele bezwaren die verband hielden met de strafbaarstelling van samenspanning. SGP en ChristenUnie stemden in de Eerste Kamer voor, maar gaven expliciet aan dat naar hun indruk geen behoefte bestond aan de voorgestelde uitbreiding van de samenspanningsdelicten.<sup>36</sup> Aan het tweede lid van art. 96 Sr werden tijdens de parlementaire behandeling weinig woorden vuil gemaakt. Daarmee bevestigde de parlementaire behandeling van de Wet terroristische misdrijven het beeld dat de strafbaarstelling van samenspanning omstreden is geraakt.

Tot op zekere hoogte lijkt de parlementaire behandeling van de Wet terroristische misdrijven op die van de Wet tot bestrijding van revolutionnaire woelingen. Beide wetsvoorstellen strekten er toe in de nasleep van een ernstige crisis de strafbaarstelling van voorbereiding wezenlijk uit te breiden, en zochten daarbij niet naar maximaal draagvlak en consensus. In dat opzicht weken zij af van de wetsvoorstellen die ten doel hadden de bestrijding van bepaalde vormen van criminaliteit (oplichting, drugscriminaliteit, overvallen) te verbeteren. In een ander opzicht sloot het voorstel van de Wet terroristische misdrijven evenwel meer aan bij de wetsvoorstellen die art. 10a Opiumwet en art. 46 Sr introduceerden. Aanleiding tot het wetsvoorstel waren zaken waarin informatie beschikbaar was, deels door de AIVD verzameld, die er op wees dat ernstige strafbare feiten werden voorbereid. Ook in deze situatie werd het niet aanvaardbaar geoordeeld dat dergelijke informatie niet tot een strafrechtelijke veroordeling kon leiden.

In 2009 kwam een volgende strafbaarstelling tot stand die specifiek op de voorbereiding van terroristische misdrijven zag. Een nieuw art. 134a Sr stelde strafbaar hij die zich of een ander 'opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaft of tracht te verschaffen tot het plegen van een terroristisch misdrijf dan wel een misdrijf ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf dan wel zich kennis of vaardigheden daartoe verwerft of een ander bijbrengt'.<sup>37</sup>

De introductie van deze strafbaarstelling was mede een uitvloeisel van een debat in de Tweede Kamer over terrorismebestrijding dat plaatsvond naar aanleiding van een brief van de ministers van Justitie en BZK van 24 januari 2005. In die brief was onder meer aangekondigd dat het bestuursrechtelijk instrumentarium met het oog op de terrorismebestrijding zou worden aangevuld. Aan personen ten aanzien van wie aanwijzingen bestonden van terroristische activiteiten, zonder dat deze voldoende waren

35. *Handelingen II* 9 december 2003, p. 34-2388-2390.

36. *Handelingen I* 22 juni 2004, p. 34-1840.

37. Wet van 12 juni 2009, *Stb.* 2009, 245.

voor strafrechtelijk optreden, zou (kort gezegd) een meldingsplicht en een gebiedsverbod moeten kunnen worden opgelegd. Bij die aanwijzingen kon volgens de brief ‘gedacht worden aan een patroon of samenstel van gedragingen en activiteiten, zoals bezoeken van een buitenlands trainingskamp voor terroristen en het zich op verdachte wijze ophouden op bepaalde locaties.’<sup>38</sup>

Het eerste voorbeeld speelde tijdens het debat een belangrijke rol. Het Kamerlid Halsema (GroenLinks) zette de toon door al snel op te merken een meldingsplicht voor iemand die een opleiding volgt tot terrorist ‘veel te soft’ te vinden: ‘In dat geval gaat het naar mijn mening om de voorbereiding van een misdrijf en dat pak je strafrechtelijk aan.’<sup>39</sup> Het Kamerlid Wilders, destijds van de Groep Wilders, meende dat het ‘vrij onzinnig’ was om mensen die zo’n kamp bezoeken te vragen zich dagelijks bij het politiebureau te melden. Ze zouden in het gevang moeten worden gezet. Andere Kamerleden sloten zich daar bij aan. Minister Donner verweerde zich door te wijzen op de mogelijkheid dat enkel kan worden aangetoond dat iemand in een trainingskamp is geweest. Dat zou niet strafbaar kunnen worden gesteld, ‘of ik maak louter formele elementen strafbaar’. Later gaf hij aan wel te willen praten over het strafbaar stellen ‘van de aanwezigheid in zo’n trainingskamp, maar daarmee zou niet het hele probleem zijn opgelost.’ De Tweede Kamer was er kennelijk niet gerust op: een motie van het Kamerlid Eerdman waarin de regering verzocht werd ‘na te gaan of het bezoeken van en deelnemen aan een opleidingskamp voor terroristen in de toekomst is strafbaar te stellen’ werd met algemene stemmen aangenomen.<sup>40</sup>

Art. 134a Sr heeft daarnaast een internationale achtergrond. Artikel 7 van het Europees Verdrag ter voorkoming van terrorisme verplicht de verdragspartijen er (kort gezegd) toe ‘training voor terrorisme’ in hun nationale wetgeving strafbaar te stellen.<sup>41</sup> Onder de ‘terrorist offences’ waar niet voor getraind mag worden vallen niet alleen de ernstigste terroristische misdrijven, waarbij art. 96 Sr van overeenkomstige toepassing is verklaard. Tegen die achtergrond is voor een zelfstandige strafbaarstelling in art. 134a Sr gekozen.<sup>42</sup> Art. 134a Sr is dus nauw verwant met art. 96 lid 2 Sr; dat volgt ook uit de delictomschrijving. Een uitbreiding lijkt vervat in het zich

38. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 754, nr. 5, p. 13.

39. Zie *Handelingen II* 9 februari 2005, p. 48-3041 t/m p. 48-3079.

40. *Handelingen II* 9 februari 2005, p. 48-3108, 3109; *Handelingen II* 10 februari 2005, p. 49-3188. Het wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid, dat uitvoering gaf aan het kabinetsvoornemen, is later ingetrokken. Redenen daarvoor waren een op rechtspraak van het EHRM gebaseerde analyse (Van Kempen en Van de Voort 2010) alsmede de geringe toegevoegde waarde naast art. 134a Sr (Antiterrorismemaatregelen 2011, p. 96).

41. Warschau, 16 mei 2005, *Trb.* 2006, 34.

42. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 386, nr. 3, p. 6.

kennis of vaardigheden verwerven of een ander bijbrengen. Maar die passage is vooral opgenomen omdat twijfel kan bestaan of deze gedragingen al onder het zich verschaffen van inlichtingen begrepen kunnen worden.<sup>43</sup>

De specifieke strafbaarstellingen van voorbereiding van terroristische misdrijven versterken het beeld dat de omschrijvingen die in art. 96 lid 2 onder ten 1<sup>o</sup> tot en met ten 3<sup>o</sup> Sr staan, leidend zijn geworden. De Wet terroristische misdrijven stelde samenspanning tot de ernstigste terroristische misdrijven strafbaar en verklaarde art. 96 lid 2 Sr bij deze misdrijven van overeenkomstige toepassing. Art. 134a Sr stelde (kort gezegd) de in art. 96 lid 2 onder 2<sup>o</sup> Sr omschreven gedragingen bij terroristische misdrijven en misdrijven ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf strafbaar. De voorbereidingshandelingen die in art. 96 lid 2 onder ten 1<sup>o</sup> en ten 3<sup>o</sup> Sr omschreven staan, worden al door de algemenere voorzieningen van de artikelen 46 en 46a Sr bestreken.

De behandeling van de Wet terroristische misdrijven bevestigt voorts dat de samenspanning bij Kamerleden ter linkerzijde omstreden is. De weerstand zit vermoedelijk niet alleen op een rationeel niveau. De eerste zin van de toelichting op het amendement dat de voorgestelde strafbaarstelling wilde schrappen zou wel eens veelzeggend kunnen zijn: ‘Strafbaarstelling van samenspanning is vanuit onze rechtsgeschiedenis en rechtspraktijk ongebruikelijk.’

#### 2.4 *De Voetbalwet; art. 141a Sr*

Een strafbaarstelling van voorbereiding van nog recenter datum, uit 2010, is ten slotte te vinden in art. 141a Sr. Ingevolge dit artikel riskeert hij die opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaft tot het plegen van geweld tegen personen of goederen een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of een geldboete van de vierde categorie.<sup>44</sup> Ook deze strafbaarstelling betreft voorbereiding: het geweld hoeft niet te zijn gepleegd.

Art. 141a Sr is het resultaat van een amendement op de Voetbalwet. Opmerkelijk is dat het de woordvoerders van de fracties die het amendement hebben ingediend niet zozeer leek te gaan om het verschaffen van inlichtingen als wel om het maken van afspraken. Tweede Kamerlid Kuiken (PvdA) betoogde: ‘Stel dat hooligans nu druk aan het sms’en en het internetten zijn en zij maken afspraken om vanavond op het Malieveld te gaan knokken. Stel dat de politie dat weet en een en ander zou kunnen verhinderen. Wij kunnen hier dan echter niets tegen doen. Dat vinden wij een kwalijke zaak.’ Ook het lid Cörüz (CDA) dacht aan de situatie waarin afspraken worden gemaakt over ‘matten’. En het lid Griffith (VVD) sprak

43. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 386, nr. 3, p. 6.

44. Wet van 7 juli 2010, *Stb.* 2010, 325.

over de situatie waarin ‘voetbalvandalen afspreken in een woonwijk of een weiland om daar met elkaar het gevecht aan te gaan’.<sup>45</sup> Als het gaat om het maken van afspraken zou een strafbaarstelling van samenspanning daar een adequate vertaling van zijn.

De in art. 141a Sr gekozen formulering roept vragen op. Omvat deze ook het zichzelf verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen? Taalkundig ligt een beperking tot het aan anderen verschaffen voor de hand. De toelichting op het amendement spreekt ook enkel over communicatie-uitwisseling.<sup>46</sup> Maar wat kan rechtvaardigen dat anders dan in art. 96 Sr en art. 134a Sr enkel het aan anderen verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen strafbaar is gesteld? Ook de enorme reikwijdte van de strafbaarstelling roept vragen op. Naar de tekst te oordelen behoeft het bevorderde geweld niet eens een misdrijf te impliceren. De minister heeft in de Eerste Kamer een koppeling met de strafbaarstelling van art. 141 Sr bepleit.<sup>47</sup> Maar de status van die uitleg is onduidelijk nu het om een amendement gaat. Uit de bewoordingen kan deze koppeling niet worden afgeleid. Twee bestanddelen van art. 141 Sr, *openlijk* en *in vereniging*, komen in art. 141a Sr niet voor. Het inlezen van deze bestanddelen zou ook tot onbevredigende resultaten leiden. Mislukte medeplichtigheid tot een heimelijke moord zou niet strafbaar zijn, mislukte medeplichtigheid tot maten op het Malieveld wel.<sup>48</sup>

Art. 141a Sr en de parlementaire behandeling die tot dit artikel leidde, bevestigen het beeld dat uit de voorgaande subparagrafen naar voren komt. Ook een met art. 96 lid 2 onder ten 2<sup>o</sup> Sr verwante gedraging is nu bij een groot aantal misdrijven strafbaar gesteld. En liever dan een strafbaarstelling van samenspanning aanvaardt de wetgever een strafbaarstelling van mislukte medeplichtigheid die bedoeld is voor gedragingen welke aan samenspanning vooraf gaan, en die zelfs niet tot de voor samenspanning vereiste overeenkomst behoeven te hebben geleid.

In ander opzicht stelt art. 141a Sr het beeld scherper. Bij strafbare feiten die met crises samenhangen lijkt de wetgever eerder bereid tot ruime strafbaarstellingen van voorbereiding over te gaan. De wet op de revolutionnaire woelingen maakte in de nasleep van een ernstige crisis een andere keuze dan de wetgever in 1881 voor juist had gehouden. De wet op de terroristische misdrijven bracht een ruime strafbaarstelling van samenspanning en voorbereiding. En de Voetbalwet bracht een ruime strafbaarstelling van

45. *Handelingen II* 11 maart 2009, p. 62-4956, 4962, 4969.

46. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 467, nr. 23. Vgl. over deze wijziging Keulen 2009b. Ik heb in deze paragraaf op de analyse in deze en enkele andere in voetnoten vermelde publicaties van mijn hand over dit thema voortgebouwd.

47. *Kamerstukken I* 2009/10, 31 467, E en G.

48. Vgl. Keulen 2011, p. 332.

mislukte medeplichtigheid. In die koppeling met crises ligt ook de oorzaak van de onduidelijke reikwijdte van deze strafbaarstelling. Dat maten op het Malieveld moest worden voorkomen was helder; geweldpleging die niet tot een crisis leidt was niet aan de orde.

Dat betekent naar mijn mening niet dat de reikwijdte van strafbare voorbereiding anders moet worden getrokken bij misdrijven die tot crises kunnen leiden. De strafwet kan beter aan blijven knopen bij de objectieve maatstaf van de ernst van voorbereide misdrijven die in wettelijke strafmaxima tot uitdrukking komt. De parlementaire behandeling van art. 141a Sr kan het best begrepen worden als een signaal dat de regeling van strafbare voorbereiding in zijn algemeenheid aan een herwaardering toe is.

## 2.5 *Een (her)waardering*

Uit strafrechtelijke hoek is in het verleden veel kritiek geleverd op voorstellen tot invoering en uitbreiding van strafbaarstellingen van voorbereiding en samenspanning. Een argument dat door een aantal auteurs is aangevoerd, is dat strafbaarstellingen van voorbereiding en samenspanning op gespannen voet staan met het karakter van ons strafrecht als daadstrafrecht.<sup>49</sup> Bij voorbereiding en samenspanning zou in de kern de intentie strafbaar worden gesteld. Mij overtuigt dat argument niet. Elke delictomschrijving van voorbereiding en samenspanning eist het bewijs van een gedraging; strafbaarheid treedt niet in door het enkel hebben van een intentie. De in de wet omschreven gedragingen eisen daarbij in veel gevallen meer activiteit dan omissiedelicten, die een algemeen geaccepteerd onderdeel van ons materiële strafrecht vormen. Voor zover het als een bezwaar zou worden gevoeld dat een strafbaar gestelde gedraging te weinig substantie zou hebben, valt daar bovendien dikwijls in de uitwerking van de strafbaarstelling wel wat aan te doen. Zo kan strafbaarheid van samenspanning van een *overt act* afhankelijk worden gemaakt. Maar de belangrijkste reden waarom het argument mij niet overtuigt, is dat ik de afweging anders maak. Inderdaad neemt bij strafbare voorbereiding de intentie van de dader een belangrijke plaats in, maar dat behoeft naar mijn mening niet aan strafbaarstelling in de weg te staan.

Een ander argument dat wel is aangevoerd betreft de veronderstelde lastige bewijsbaarheid van voorbereiding.<sup>50</sup> Al dan niet daaraan gekoppeld wordt ook gewezen op de mogelijkheid van vergissingen. De overeenkomst die samenspanners sloten zou in werkelijkheid een grap kunnen zijn. En ook afspraken die geen grap zijn behoeven niet allemaal even serieus te

49. Vgl. onder meer Mols 1982, p. 154-155; De Jong 1992, p. 40; Rutgers 1992, p. 236, 270; Buruma en Muller 2003, p. 2143.

50. Rutgers 1992, p. 274 e.v..

zijn; niet elke afspraak wordt nagekomen.<sup>51</sup> Deze bezwaren konden in het verleden mogelijk een terughoudende opstelling ten aanzien van strafbaarstellingen van voorbereiding rechtvaardigen. Aan het eind van de negentiende eeuw waren er buiten het geval van samenspanning wellicht slechts neigingen en voornemens waar te nemen die de nodige ‘kenteekenen van vasten wil’ misten. De sterk verbeterde mogelijkheden tot opsporing maken dat dit nu anders is. De telefoontap, bijvoorbeeld, kan betrouwbare informatie genereren over serieuze voornemens tot het plegen van strafbare feiten. Het perspectief is daardoor naar mijn mening veranderd. De leidende vraag is geworden waarom de overheid zich bij overtuigend bewijs van voorbereiding van misdrijven de mogelijkheid zou moeten onttrekken strafrechtelijk in te grijpen.

Tegen uitbreiding van strafbaarstelling van voorbereiding is ten slotte ook aangevoerd dat deze op gespannen voet zou staan met het schadebeginsel. Als het bij voorbereiding is gebleven, is nog geen schade toegebracht aan het beschermde rechtsgoed. Duidelijk zal evenwel zijn dat het geldend recht niet uitgaat van de gedachte dat pas bij daadwerkelijke schade aan een rechtsgoed strafrechtelijk mag worden ingegrepen. De strafbaarstellingen van poging en van gevaarzettingsdelicten zijn anders niet goed te plaatsen. Waar het om gaat is of het gevaar voor schade strafbaarstelling in de rede doet liggen.<sup>52</sup>

De klassieke bezwaren tegen strafbaarstellingen van voorbereiding en samenspanning lijken in het parlementaire debat ook weinig gewicht in de schaal te leggen. Borgers analyseerde in zijn oratie het debat over de preventieve rol van het strafrecht in relatie tot terrorisme. Hij kwalificeerde de kritiek van strafrechtjuristen op de uitbreiding van de strafbaarstelling van samenspanning als ‘een compilatie van argumenten die al veel vaker – en met relatief weinig succes – in stelling zijn gebracht tegen vormen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de vroege voorfase’.<sup>53</sup> Hij signaleerde vooral ‘ergernis binnen het politieke domein’ over ‘de voorspelbaarheid van de reacties uit strafrechtelijke hoek’.<sup>54</sup>

Dat de klassieke argumenten tegen uitbreiding van strafbare voorbereiding en samenspanning weinig gewicht in de schaal leggen blijkt ook als gekeken wordt naar de argumenten die voor die uitbreiding zijn aangevoerd. Borgers meende dat de minister in zijn onderbouwing van die uitbreiding tekort schoot. Want het dreigingsbeeld zou slechts in abstracte termen zijn geschetst; een nauwkeurige duiding van de dreiging die ten grondslag lag aan de voorgestelde strafrechtelijke en strafvorderlijke maat-

51. Buruma 2005, p. 65.

52. Vgl. Ten Voorde 2012.

53. Borgers 2007, p. 38.

54. Borgers 2007, p. 69. Zie over het debat binnen het juridisch forum ook Van der Woude 2010, p. 343 e.v.

regelen ontbrak.<sup>55</sup> De meerderheid van Tweede en Eerste Kamer was er evenwel ook zonder die nadere duiding van overtuigd dat de voordelen de nadelen overtroffen.

Nog illustratiever wellicht is het debat rond art. 141a Sr. Een ruime meerderheid in de Tweede Kamer had aan één voorbeeld genoeg om tot het oordeel te komen dat een nieuwe strafbaarstelling van voorbereiding wenselijk was. Klaarblijkelijk bestond bij deze Kamerleden geen automatische, principiële weerstand tegen een betrekkelijk ruime strafbaarstelling van voorbereiding die in hun ogen dienstig kon zijn aan het voorkomen van crises.

Zelf ben ik er een voorstander van dat de Minister van Veiligheid en Justitie zich na alle incidentele wetwijzigingen van de afgelopen decennia de komende jaren aan een breder wetsvoorstel op dit terrein waagt.<sup>56</sup> Uit die wetwijzigingen komt naar voren dat de wetgever van oordeel is dat de voordelen van een strafbaarstelling van voorbereiding uit oogpunt van het voorkomen van ernstige strafbare feiten en daarmee verband houdende crises zwaarder wegen dan de nadelen. Het wordt tijd om die afweging, die mij aanspreekt, in een ruimere algemene strafbaarstelling van voorbereiding tot uitdrukking te brengen. Daarmee wordt het strafrecht beter toegesneden op strafbare gedragingen die crises tot gevolg kunnen hebben. Een brede algemene strafbaarstelling van voorbereiding zou een volgende crisis misschien zelfs eens voor kunnen zijn.

Bij wijze van voorbeeld kan worden gerefereerd aan computercriminaliteit. Ddos-aanvallen op banken kunnen het economisch verkeer grote schade toebrengen. Misdrijven die bij dergelijke aanvallen als grondslag voor een strafvervolging kunnen dienen, kennen evenwel veelal geen gevangenisstraf van acht jaren (vgl. art. 138b Sr; art. 161 sexies lid 1 sub 1° en 2° Sr). Het huidige art. 46 Sr is daarom bij de voorbereiding van dergelijke misdrijven niet van toepassing. Het is onzeker of een dergelijk misdrijf als het (openlijk en in vereniging?) plegen van ‘geweld tegen personen of goederen’ in de zin van art. 141a Sr kan worden aangemerkt. Er zijn specifieke strafbaarstellingen van gedragingen in de voorbereidende fase van putermisdrijven (vgl. art. 139d Sr; art. 161 sexies lid 2 Sr). Maar die strafbaarstellingen zien op technische hulpmiddelen, toegangscode en gegevens, en kennen ook andere beperkingen. Zij omvatten daarmee slechts een deel van de voorbereiding die door de algemenere formuleringen van art. 96 lid 2 onder 1°, 2° en 3° Sr bestreken wordt. Een brede algemene strafbaarstelling van voorbereiding verkleint het risico dat tegen strafwaardige voorbereiding van Ddos-aanvallen niet kan worden opgetreden.<sup>57</sup>

55. Borgers 2007, p. 66-67.

56. Vgl. Keulen 2009a en 2009b; zie ook De Hullu 2011, p. 277.

57. Vgl. Koops en De Roos 2007, p. 27-28, 43-44, die menen dat het opzetten van een botnet niet onder de bestaande strafbaarstellingen van voorbereiding valt.

Belangrijk vind ik ook dat een geïntegreerde herziening van de strafbare voorbereiding de consistentie van het materiële strafrecht op dit terrein sterk kan vergroten. Het huidige palet van strafbaarstellingen is een ratjetoe. Mislukte uitlokking is bij alle misdrijven strafbaar gesteld, in het algemeen deel (art. 46a Sr). Vormen van mislukte medeplichtigheid zijn specifiek bij ‘het plegen van geweld’ strafbaar gesteld, in een bijzonder delict. Voorbereiding bestaande in het voorhanden hebben van voorwerpen is in art. 46 Sr strafbaar gesteld, bij misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld. Bij tal van misdrijven bestaan daarmee verwante specifieke strafbaarstellingen. Bij de ernstigste terroristische misdrijven bestaat een ruim palet aan strafbaarstellingen via toepasselijkverklaringen van art. 96 Sr. Bij een veel bredere categorie met terrorisme verband houdende feiten is in art. 134a Sr enkel het zich of een ander gelegenheid, middelen of inlichtingen (trachten te) verschaffen strafbaar gesteld. Specifiek in de Opiumwet bestaat nog een afzonderlijke in redactie afwijkende strafbaarstelling. Het beeld van inconsistentie wordt nog versterkt als de strafmaxima die de verschillende strafbaarstellingen van voorbereiding kennen in de beschouwing worden betrokken.<sup>58</sup> Vrijwillige terugtred, ten slotte, leidt in sommige gevallen wel (vgl. art. 46b Sr) en in andere niet tot straffeloosheid.

Het vertrekpunt van zo’n geïntegreerde herziening vloeit daarbij tot op zekere hoogte uit de geschetste inhoud en ontwikkeling van de bestaande strafbaarstellingen voort. Centraal zou naar mijn mening dienen te staan dat meer gedragingen die in art. 96 Sr zijn omschreven (ook) in de artikelen 46 en 46a Sr strafbaar worden gesteld. Gekoppeld aan een uitbreiding van de algemene strafbaarstelling zouden bestaande bijzondere strafbaarstellingen kunnen vervallen.

### **3. Culpose delicten en orderingsdelicten**

#### *3.1 Inleiding*

Enkele van de zwaarste crises die Nederland de afgelopen decennia heeft meegemaakt, betroffen branden en ontploffingen die het gevolg waren van menselijke fouten of die daardoor werden verergerd. De eerste (in de tijd) was de vuurwerkramp van Enschede. Deze vond plaats op 13 mei 2000 en had (volgens de bewezenverklaring in de strafzaak tegen de eigenaren van de vuurwerkfabriek) twintig dodelijke slachtoffers en grote verwoestingen tot gevolg. De tweede was de brand in café De Hemel in Volendam. Deze

58. Lintz vestigde eerder de aandacht op irrationele verschillen tussen strafmaxima gesteld op voorbereiding in art. 46 en art. 96 Sr (Lintz 2007, p. 441). Vgl. ook Kwakman 2013, p. 66 e.v.

vond plaats in de nacht van 31 december 2000 op 1 januari 2001 en leidde tot veertien dodelijke slachtoffers en honderden negen slachtoffers waaraan zwaar lichamelijk letsel was toegebracht. Een derde betrof de brand bij Chemie-Pack op 5 januari 2011, die tot enorme milieuschade heeft geleid.

In al deze gevallen werd een vervolging ingesteld wegens brand door schuld (art. 158 Sr). Daarnaast speelde in elk van deze zaken ordeningswetgeving een rol. In de zaak tegen de eigenaren van de vuurwerkfabriek in Enschede zag de veroordeling op culpose brandstichting en op (opzettelijke) overtredingen van voorschriften gesteld bij de Wet milieubeheer en de Wet milieugevaarlijke stoffen.<sup>59</sup> In de zaak tegen de eigenaar van café De Hemel betrof de veroordeling drie culpose misdrijven (de artt. 158, 307 en 308 Sr).<sup>60</sup> Maar ordeningswetgeving was ook in deze strafzaak van belang: zo wees de rechtbank er in de veroordeling op dat de exploitant handelde in strijd met de plaatselijke regelgeving (de bouwverordening Edam-Volendam) doordat hij op sommige plaatsen in de bar op een hoogte van minder dan 2.50 meter gerekend vanaf het vloeroppervlak kerstversiering had laten aanbrengen, terwijl die versiering bovendien gemakkelijk ontvlambaar was. De algemeen directeur van Chemie-Pack ten slotte werd veroordeeld wegens feitelijk leiding geven aan door de rechtspersoon gepleegde culpose brandstichting en opzettelijke overtredingen van de Wet milieubeheer, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en het Besluit risico's zware ongevallen 1999.<sup>61</sup>

Zowel culpose delicten als ordeningsdelicten spelen kortom een belangrijke rol in verband met crises. Die rol is evenwel verschillend. Vervolging wegens culpose delicten is na een crisis aan de orde. Betrokkenen leggen dan in het strafproces verantwoording af over fouten die tot de crisis hebben geleid. Vervolging wegens ordeningsdelicten is ook van belang in verband met het voorkomen van crises. Verder staat het strafrecht bij het vervullen van deze preventieve rol dikwijls niet alleen; ook bestuursrechtelijke handhaving is bij het voorkomen van crises van belang. De effectiviteit van strafrechtelijke handhaving hangt in die gevallen mede van de verhouding tot de bestuursrechtelijke handhaving af. Zo maakt een straf meer indruk als zij tot gevolg heeft dat het bestuur een vergunning intrekt. Daarom zal de rol van het strafrecht bij het voorkomen van crises in deze paragraaf mede in relatie tot bestuursrechtelijke handhaving worden belicht. Die verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht is per rechtsgebied verschillend vormgegeven, zo zal een vergelijking tussen het verkeersrecht en het milieurecht leren. Een analyse van de verschillen kan

59. Vgl. HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP4584, *NJ* 2006/421; HR 1 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AP8469, *NJ* 2006/422.

60. Rechtbank Haarlem 18 juli 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AI0129, *NJ* 2003/531.

61. Rechtbank Breda 21 december 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7000.

wellicht verhelderen of, en zo ja hoe, het strafrecht beter aan het voorkomen van crises kan bijdragen.

Daarmee is overigens niet alles gezegd over de verhouding tussen strafrecht en bestuursrecht bij het voorkomen van crises: in de volgende paragraaf komt de verhouding tussen opsporing en toezicht aan bod.

### 3.2 *Culpose delicten*

De strafbaarstelling van brand door schuld kwam al voor in het Wetboek van Strafrecht van 1886. De parlementaire behandeling van deze strafbaarstelling spitste zich destijds toe op de vraag of hechtenis als vrijheidsstraf volstond of dat ook het opleggen van gevangenisstraf mogelijk moest zijn. Er werd een amendement ingediend dat dit laatste voorstelde; dat werd door minister Modderman overgenomen. Hij gaf daarvoor de volgende argumentatie: ‘Wanneer ik mij plaats op een zuiver doctrinair standpunt, dan zou ik deze amendementen moeten bestrijden, want zuiver theoretisch zijn opzet en schuld scherp van elkaar af te scheiden. Maar wanneer men let op vele feiten, voorkomende in de praktijk, waarin opzet en schuld zóó aan elkaar grenzen, dat niet zelden de eene jurist opzet ziet, waar de andere nog slechts schuld aanwezig acht, terwijl ten slotte beide zich vereenigen in de beslissing dat men hier heeft een culpa van de allerzwaarste soort; wanneer men zich beweegt op dat geheimzinnig gebied, hetwelk de Duitscher het gebied van de *Mittelstufen zwischen Dolus und Culpa* noemt, dan kom ik tot de overtuiging, dat het raadzaam is den regter hier tusschen hechtenis en gevangenisstraf te laten kiezen.’<sup>62</sup> In de hoogte van de bedreigde vrijheidsstraffen werd evenwel geen wijziging gebracht. Hij aan wiens schuld brand, ontploffing of overstroming te wijten is, riskeerde vanaf 1886 drie maanden vrijheidsstraf indien daardoor gemeen gevaar voor goederen ontstond, zes maanden indien daardoor levensgevaar voor een ander ontstond, en een jaar indien het feit iemands dood ten gevolge had.

In de Eerste Kamer bracht de heer Borsius bij minister Modderman in herinnering wat deze in de Tweede Kamer gezegd had. Modderman gaf daarop (nogmaals) aan wat hij onder de verschillende begrippen verstonde; bewuste schuld was naar zijn mening aanwezig ‘wanneer op het oogeblik van de daad de mogelijkheid der uitkomst voor den geest zweeft, maar toch zóó dat de dader, ook blijkens de voorzorgsmaatregelen die hij neemt, hoopt en *vertrouwt* dat het hem door zijne handigheid en bijzondere maatregelen gelukken zal die uitkomst te beletten. Stel bijv. in een feestzaal worden tal van lichten op zoodanige wijze in de onmiddellijke nabijheid van licht ontvlambare stoffen geplaatst, dat onmiddellijk dreigend brandge-

62. Smidt II, p. 134.

vaar wordt voorzien wanneer men die lichten ging opsteken. Toch gaat het feest door, terwijl voor alle zekerheid een brandspuit voor het gebouw geplaatst wordt. Dat die brandspuit daar staat, bewijst aan den eenen kant, dat er *minder* is dan voorwaardelijk opzet, dat men ook eventueel den brand niet wil. Maar het bewijst tevens dat er méér is dan onbewuste schuld; dat men zich het gevaar bewust was.<sup>63</sup>

Daarmee is aangegeven hoe de wetgever van 1881 (althans minister Modderman) tegen culpose delicten aankeek. Dit wettelijk stelsel is lang in stand gebleven; een belangrijke aanvulling op het stelsel was daarbij een strafbaarstelling van (kort gezegd) dood door schuld in het verkeersstrafrecht. Maar meer dan een eeuw later deed zich in het Porsche-arrest een casus voor die velen tot de overtuiging bracht dat aan de strafwaardigheid van gedrag dat niet-beoogde fatale gevolgen veroorzaakte in sommige gevallen onvoldoende recht kon worden gedaan met (de strafmaxima die tot dan golden bij) de bestaande culpose delicten.<sup>64</sup>

De verdachte in deze zaak had na gebruik van alcoholhoudende drank zeer gevaarlijk gereden. Tijdens een vierde inhaalpoging was hij met de door hem bestuurde Porsche frontaal tegen een uit de tegenovergestelde richting komende auto gebotst. Vier inzittenden van die auto en de mede-inzittende van de Porsche hadden daardoor het leven verloren. Het Hof Den Bosch had de verdachte wegens doodslag een gevangenisstraf van zes jaren opgelegd. De Hoge Raad oordeelde evenwel dat deze bewezenverklaring niet in stand kon blijven: 'In gevallen als het onderhavige, dat zich hierdoor kenmerkt dat de gebezigde bewijsmiddelen nopen tot de gevolgtrekking dat de verdachte door zijn handelwijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar heeft gelopen, dient de rechter (...) in zijn oordeel te betrekken dat –behoudens aanwijzingen voor het tegendeel– naar ervaringsregelen niet waarschijnlijk is dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat een frontale botsing met een tegemoetkomende auto zal plaatsvinden, en hij als gevolg van zijn gedraging zelf het leven zal verliezen, eveneens op de koop toe neemt.'

De maximale gevangenisstraf wegens dood door schuld in het verkeer bedroeg destijds, als de schuldige onder invloed van alcohol verkeerde en er meer dan één dodelijk slachtoffer was, vier jaar gevangenisstraf. Dat kwam de wetgever te laag voor. Dat leidde eerst tot een verhoging van wettelijke strafmaxima die tot verkeersdelicten beperkt was. In 1998 kwam een wijziging van art. 175 WvW 1994 tot stand die erin resulteerde dat op overtreding van art. 6 WvW 1994 (bij dood door schuld in het verkeer) een maximale gevangenisstraf van drie jaar kwam te staan. Maar de maximale gevangenisstraf bedroeg voortaan negen jaar als de schuldige onder invloed verkeerde van een stof die de rijvaardigheid beïnvloedde of niet

63. Smidt I, p. 81.

64. HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997/199 m.nt. 'tH.

meewerkte aan een ademanalyse of bloedonderzoek, dan wel de maximumsnelheid ernstig had overschreden.<sup>65</sup> De minister van Justitie achtte het 'niet mogelijk om tussen opzet en schuld een derde gradatie van verwijtbaarheid te vinden en daar een hogere strafmaat aan te verbinden dan aan het door schuld veroorzaken van dood of letsel'. Maar wel werden zo 'de mogelijkheden van de strafrechter om adequaat op te treden tegen dit soort ernstig roekeloos rijgedrag, aanzienlijk verbeterd.'<sup>66</sup>

Enkele jaren later maakte de wetgever een andere keuze. In het kader van een herijking van wettelijke strafmaxima werden aanpassingen voorgesteld die beoogden 'de strafmaxima van de culpose delicten in het Wetboek van Strafrecht en die in de Wegenverkeerswet 1994 meer met elkaar in overeenstemming te brengen.'<sup>67</sup> Op de algemene strafbaarstelling van dood door schuld kwam een maximum van twee jaren gevangenisstraf te staan; indien de schuld bestaat in roekeloosheid werd de maximale gevangenisstraf vier jaren (art. 307 Sr). Het strafmaximum van dood door schuld in het verkeer werd aldus aangepast dat de bestaande maximale gevangenisstraf (drie jaren gevangenisstraf) werd verdubbeld in geval de schuld bestond in roekeloosheid. Dat strafmaximum werd met nog eens de helft verhoogd in het geval één van een aantal strafverzwarende omstandigheden zich zou voordoen. Daaronder ressorteerden onder meer het onder invloed verkeren en het veroorzaakt zijn van het feit door het in ernstige mate overschrijden van de maximumsnelheid (art. 175 WWV 1994). Zo bleef het strafmaximum voor de zwaarste gevallen van roekeloos rijgedrag met fatale gevolgen negen jaren gevangenisstraf. Strafverhoging in het geval van roekeloosheid werd bij de culpose gemeengevaarlijke delicten (zoals brand door schuld) niet ingevoerd; wel gaf de minister van Justitie in overweging om bij brand door schuld met fatale gevolgen art. 307 Sr ten laste te leggen als de schuld bestond in roekeloosheid.<sup>68</sup> Die roekeloosheid wordt omschreven als 'zeer onvoorzichtig gedrag waarbij welbewust en met ernstige gevolgen onaanvaardbare risico's zijn genomen'.<sup>69</sup>

Ter ondersteuning van de voorgestelde wijzigingen voerde de memorie van toelichting aan dat 'de rechtsbelangen van het leven en van de lichamelijke integriteit gedurende de afgelopen honderd jaar relatief zwaarder zijn gaan wegen'. Dat werd afgeleid uit voormelde wijziging van de strafmaxima in de Wegenverkeerswet 1994 en enkele andere wetswijzigingen. Specifieke aandacht werd besteed aan de gemeengevaarlijke misdrijven:

65. Wet van 24 juni 1998, *Stb.* 375.

66. *Kamerstukken II* 1995/96, 24 112, nr. 5, p. 3-4.

67. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 484, nr. 3, p. 2. Zie de wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 11. De herijking was voorbereid door De Hullu, Koopmans en De Roos 1999, die ook voor het grote verschil in strafmaxima bij culpose delicten de aandacht hadden gevraagd.

68. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 484, nr. 3, p. 2-3, 14.

69. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 484, nr. 3, p. 12.

‘(d)eze misdrijven betreffen gedragingen die gevaarlijk zijn voor de algemene veiligheid van personen en goederen, omdat zij betrekkelijk onbeheersbare krachten kunnen oproepen. Het gaat hierbij onder meer om het veroorzaken van brand, vernieling van gebouwen, elektriciteitswerken, werken voor telecommunicatie en geautomatiseerde werken, het veroorzaken van gevaar voor het luchtverkeer, het treinverkeer, de scheepvaart en het openbaar verkeer over de weg, radioactieve besmetting, milieuverontreiniging, vergiftiging van waterreservoirs en verkoop van schadelijke waren. Het is in onze gemotoriseerde, technische en verkeersintensieve samenleving van groot belang dat deze gedragingen worden tegengegaan. De vaststelling van veiligheidsvoorschriften en de controle op de naleving daarvan zijn hierbij van zeer groot belang. Daarnaast dient evenwel ook een adequate strafrechtelijke reactie mogelijk te zijn indien in dit verband met grote gevaren aanmerkelijk onvoorzichtig is gehandeld. Om deze reden is het gepast om de norm dat een ieder zo voorzichtig dient te handelen dat gevaren voor of aantastingen van het leven of de lichamelijke integriteit worden voorkomen, extra in te scherpen.’<sup>70</sup> De memorie van toelichting vermeldde daarbij dat de NJV in 1951 het vraagpunt ‘Behoren de strafmaxima voor culpose delicten te worden verhoogd?’ met geringe meerderheid bevestigend had beantwoord, en wees ook op de (hogere) strafmaxima op culpose delicten in omringende landen.

Inmiddels heeft de Hoge Raad zich in de context van het verkeer een aantal malen over de interpretatie van het begrip ‘roekeloos’ uitgelaten. Uit die rechtspraak blijkt dat bij een culpoos delict dat na de wijziging van 1998 tot een gevangenisstraf van maximaal negen jaren kon leiden, niet per definitie van roekeloosheid sprake behoeft te zijn. In HR 4 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY2823, *NJ* 2013/16 bijvoorbeeld was zowel van het onder invloed verkeren als van een ernstige overschrijding van de maximumsnelheid sprake. Desalniettemin oordeelde de Hoge Raad dat de vastgestelde omstandigheden niet zonder meer toereikend waren voor het oordeel dat de verdachte roekeloos had gereden.<sup>71</sup>

Als zich weer een crisis zou voordoen die vergelijkbaar is met de crises welke aan het begin van deze paragraaf werden aangestipt, zou de toepassing van de vernieuwde strafbaarstellingen van culpose delicten in het Wetboek van Strafrecht de aandacht vragen. Ook bij gedragingen die een dergelijke crisis veroorzaken kan de vraag aan de orde zijn of de onvoorzichtigheid die tot de fatale gevolgen heeft geleid als roekeloosheid kan worden gekwalificeerd. Die vraag ligt bij dergelijke crises in verschillende

70. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 484, nr. 3, p. 8.

71. Zie inmiddels over roekeloosheid ook HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:959, 960, 962, 964, *NJ* 2014/25-28.

opzichten anders dan bij verkeersdelicten. Vooral de risico's die in Enschede aan de orde waren bestonden relatief geruime tijd voordat zij uiteindelijk tot fatale gevolgen leidden. Maar ook in Volendam verliep er tijd tussen het ophangen van de kerstversiering en de fatale gebeurtenissen kort na de jaarwisseling. Verder speelt (anders dan in het verkeer) drankgebruik waardoor de dader zichzelf in de onmogelijkheid kan hebben gebracht om risico's goed in te schatten en daar adequaat op te reageren geen rol. Het verwijt is dat de dader nuchter geen adequate afweging heeft gemaakt.

Dat de vraag anders ligt betekent evenwel allerm minst dat roekeloosheid bij dergelijke crises niet aan de orde kan zijn. De passage die de memorie van toelichting bij de wet herijking strafmaxima wijdt aan de gemeengevaarlijke delicten maakt duidelijk dat de wetgever met de verhoging van de wettelijke strafmaxima, en dus ook met de introductie van de hogere maximumstraf in het geval van roekeloosheid, gedacht heeft aan onvoorzichtigheden die dergelijke crises veroorzaken. En uit het voorbeeld dat minister Modderman in de Eerste Kamer gaf bij de parlementaire behandeling van het Wetboek van Strafrecht dat in 1886 werd ingevoerd, mag wellicht worden afgeleid dat de wetgever onvoorzichtigheden als welke in Volendam aan de orde waren, destijds tot de ernstigste rekende waar het binnen de begrenzings van de culpa om kan gaan. Mij komt het ook wenselijk voor dat een veroordeling wegens roekeloosheid bij crises die een gevolg zijn van zeer onvoorzichtig handelen een reële mogelijkheid is.<sup>72</sup> Die kwalificatie kan recht doen aan de wijze waarop door slachtoffers en samenleving tegen het culpose delict wordt aangekeken.

De afweging zal vermoedelijk wel anders gekleurd zijn. In situaties waarin de risico's die tot fatale gevolgen leiden al geruime tijd bestaan, zal een belangrijk accent liggen op de grootte van die risico's, de onaanvaardbaarheid daarvan en de wetenschap die verdachte daarvan had. Voor vaststellingen ter zake kan van belang zijn of, en zo ja in welke bewoordingen, de verdachte door anderen op deze risico's is gewezen.<sup>73</sup> Aan informatie en waarschuwingen van overheidsinstanties komt daarbij bijzondere betekenis toe.<sup>74</sup> In het vervolg van deze paragraaf kom ik daar nog op terug.

72. In dezelfde lijn mogelijk Buruma 2013, p. 43, die de ernst van het in het leven geroepen gevaar (hij noemt als voorbeeld de ontploffing van een kerncentrale) zwaar laat wegen.

73. Rechtspraak inzake roekeloosheid in het verkeer biedt daarvoor een zekere steun. In HR 9 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ6518 bleef een bewezenverklaring van roekeloos rijgedrag in stand; één van de elementen waarin de bewijsconstructie in deze zaak verschilde van die in HR 4 december 2012, ECLI:NL:HR:2013:BY2823 is dat de verdachte er door één van de latere slachtoffers op was aangesproken dat hij ruig reed, en had gezegd dat deze zich er niet mee moest bemoeien.

74. Vgl. in dit verband Gerechtshof Arnhem 12 mei 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF8393 (Enschede).

### 3.3 *Orderingsdelicten*

Zoals aangegeven kan het strafrecht bij crises die het niet-beoogde gevolg zijn van menselijke fouten ook een preventieve functie hebben. Die functie kan (onder meer) worden nagestreefd met strafbaarstelling van overtreding van orderingsvoorschriften die gedragingen verbieden welke tot fatale gevolgen kunnen leiden.

Dergelijke strafbaarstellingen sluiten voor zover zij de veiligheid van personen beschermen aan bij rechtspraak van het EHRM waarin uit artikel 2 EVRM positieve verplichtingen voor de aangesloten lidstaten worden afgeleid. Een voorbeeld is te vinden in *Öneryildiz tegen Turkije*.<sup>75</sup> In de casus die aan deze zaak ten grondslag lag, waren veel mensen omgekomen bij een ontploffing van de vuilnisbelt waarop zij woonden. De overheid had van het ontploffingsgevaar geweten en onvoldoende gedaan om realisatie daarvan te voorkomen. Het EHRM oordeelde dat de uit art. 2 EVRM afgeleide positieve verplichting 'indisputably applies in the particular context of dangerous activities, where (...) special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks.' Bij activiteiten die gevaarlijk zijn voor het leven van mensen is het kortom van belang dat vergunningplichten in het leven worden geroepen, en dat Staten het toezicht op deze activiteiten regelen. Daarbij past strafbaarstelling van het zonder de vereiste vergunning verrichten van de activiteit, en repressieve controle.

Tegelijk volgt uit deze rechtspraak van het EHRM dat niet alleen het strafrecht een taak heeft in de context van deze positieve verplichting. Ook de bestuurlijke overheid kan daar bij betrokken zijn, via het verlenen van vergunningen, bestuurlijk toezicht en bestuurlijke sancties.

De bijdrage die het orderingsstrafrecht aan het voorkomen van (strafbare feiten en) crises kan leveren, is mede afhankelijk van de wijze waarop de verhouding tot de bestuursrechtelijke handhaving is vormgegeven. Die verhouding is niet uniform geregeld. Daarop kan zicht worden geboden met een vergelijking tussen regelingen inzake het besturen van motorrijtuigen (in het verkeersrecht) en regelingen inzake het oprichten of in werking hebben van een inrichting (in het milieurecht).

In het verkeersrecht is de bestuurlijke overheid belast met het verstrekken van vergunningen (rijbewijzen) voor het besturen van motorrijtuigen

75. EHRM 30 november 2004, Case of *Öneryildiz v. Turkey*, appl. no. 58939/99.

(art. 107 WVV 1994). Het rijbewijs wordt slechts afgegeven aan iemand die heeft aangetoond te beschikken over een voldoende mate van rijvaardigheid (art. 111 WVV 1994). Het begaan van strafbare feiten kan er evenwel toe leiden dat aan de bestuurder de rijbevoegdheid wordt ontzegd (art. 179 WVV 1994). De rijontzegging wordt bijvoorbeeld opgelegd wegens rijden onder invloed (art. 8 WVV 1994). In de richtlijnen voor strafverdeling is een regeling uitgewerkt die als uitgangspunt kan dienen bij het bepalen van de strafmaat. De duur van de rijontzegging is vooral afhankelijk van het promillage, en loopt op tot 27 maanden bij 70 strafpunten (in de Polarissystematiek).<sup>76</sup>

In aanvulling op dit strafrechtelijke stelsel zijn bestuursrechtelijke maatregelen ontwikkeld die het rijden onder invloed proberen tegen te gaan. Als een vermoeden bestaat dat de houder van een rijbewijs niet langer beschikt over de rijvaardigheid dan wel over de lichamelijke of geestelijke geschiktheid, vereist voor het besturen van motorrijtuigen waarvoor het rijbewijs is afgegeven, wordt daarvan mededeling gedaan aan het CBR (art. 130 WVV 1994). Uit de Regeling maatregelen rijvaardigheid en rijgeschiktheid 2011 blijkt dat dit vermoeden onder meer kan worden afgeleid uit het begaan zijn van strafbare feiten (zoals het bij betrokkene geconstateerd zijn van een adem- of bloedalcoholgehalte dat gelijk is aan of hoger is dan 350 µg/l, respectievelijk 0,8‰). Het CBR besluit dan in bij ministeriële regeling aangewezen gevallen tot het opleggen van een educatieve maatregel ter bevordering van de rijvaardigheid of geschiktheid (EMA), oplegging van een alcoholslotprogramma of een onderzoek naar de rijvaardigheid of geschiktheid van de betrokkene (art. 131 WVV 1994). Bij het niet verlenen van medewerking (het niet betalen van de aan de EMA en het alcoholslotprogramma verbonden kosten valt daaronder) besluit het CBR onverwijld tot ongeldigverklaring van het rijbewijs (art. 132 WVV 1994). Ongeldigverklaring kan ook volgen indien de uitslag van het onderzoek daartoe aanleiding geeft. Bij ministeriële regeling worden de gevallen aangewezen waarin daarvan sprake is (art. 134 WVV 1994). Ernstige recidive ter zake van rijden onder invloed leidt er sinds enkele jaren toe dat het rijbewijs van de veroordeelde automatisch zijn geldigheid verliest (art. 123b WVV 1994).

Het strafrecht komt vervolgens weer aan bod als ondanks rijontzegging of ongeldigverklaring van het rijbewijs dan wel in strijd met de voorwaarden van het alcoholslotprogramma een motorrijtuig bestuurd wordt (art. 9 WVV 1994). Deze strafbare feiten worden aangemerkt als misdrijven (art. 178 WVV 1994) en kunnen worden bestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de derde categorie (art. 176 WVV

76. Zie [www.om.nl](http://www.om.nl), OBM regeling rijden onder invloed motorrijtuigen.

1994) en ook weer een rijontzegging (art. 179 lid 1 WVV 1994). Vervolging voor de politierechter is in deze gevallen aangewezen.<sup>77</sup>

In het milieurecht is de bestuurlijke overheid ook belast met het verlenen van vergunningen. De Wet algemene bepalingen omgevingsrecht verbiedt het zonder omgevingsvergunning uitvoeren van een aantal nader in de wet omschreven projecten (art. 2.1 Wabo).<sup>78</sup> Tot die projecten behoort onder meer het oprichten, veranderen of veranderen van de werking of het in werking hebben van een inrichting die tot een bij of krachtens de wet aangewezen categorie behoort (vgl. art. 1.1 Wabo). In het Besluit omgevingsrecht en de bijbehorende bijlagen zijn diverse categorieën inrichtingen aangewezen. Op basis van de Wet milieubeheer (Wm) zijn daarnaast regels gesteld 'die nodig zijn ter bescherming van het milieu tegen de nadelige gevolgen die inrichtingen daarvoor kunnen veroorzaken'(art. 8.40 Wm). Dergelijke regels zijn opgenomen in het Activiteitenbesluit milieubeheer.

Ook in het milieustrafrecht kan de vergunninghouder het recht worden ontzegd van de vergunning gebruik te maken. Het zonder vergunning oprichten, veranderen van de werking of in werking hebben van een inrichting die tot een bij of krachtens de wet aangewezen categorie behoort, wordt tot de zwaarste economische delicten gerekend. Hetzelfde geldt voor het handelen in strijd met een voorschrift van een omgevingsvergunning dat op deze activiteiten betrekking heeft. Deze beide artikelonderdelen zijn gerubriceerd onder art. 1a ten 1<sup>o</sup> WED. Ook het overtreden van voorschriften gesteld bij of krachtens art. 8.40 Wm is daar strafbaar gesteld. Bij schending kan als bijkomende straf worden opgelegd de gehele of gedeeltelijke ontzetting van bepaalde rechten welke de veroordeelde in verband met zijn onderneming van overheidswege zijn toegekend, voor een tijd van ten hoogste twee jaren (art. 7 WED). Daartoe behoren ook vergunningen.<sup>79</sup> Anders dan in het verkeersrecht, waar regelmatig een ontzegging van de rijbevoegdheid wordt opgelegd, leidt deze bijkomende straf evenwel een min of meer slapend bestaan.

De Wet algemene bepalingen omgevingsrecht legt het accent duidelijk op bestuursrechtelijke handhaving (hoofdstuk 5). Zo kan een besluit tot oplegging van een last onder bestuursdwang of oplegging van een last onder dwangsom worden genomen dat gericht is op naleving van het bepaalde bij of krachtens de betrokken wet. Van bestuursdwang wordt in

77. Vgl. de Aanwijzing (doen) besturen tijdens ontzegging e.d. (art. 9 WVV 1994) (2011A004) alsmede de Richtlijn motorrijtuig (doen) besturen tijdens ontzegging e.d..

78. Zie over de integratie van het vergunningenregime van de Wet milieubeheer en dat van andere wetten in de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht Beijen e.a. 2012, p. 62 e.v..

79. Keulen 1995, p. 194-197.

het milieurecht evenwel maar beperkt gebruik gemaakt.<sup>80</sup> Voorts kan het bestuursorgaan dat bevoegd is een vergunning of ontheffing te verlenen, de vergunning of ontheffing geheel of gedeeltelijk intrekken. Dat kan (a) indien de vergunning of ontheffing ten gevolge van een onjuiste of onvolledige opgave is verleend, (b) niet overeenkomstig de vergunning of ontheffing is of wordt gehandeld, (c) de aan de vergunning of ontheffing verbonden voorschriften of beperkingen niet zijn of worden nageleefd, of (d) de voor de houder van de vergunning of ontheffing als zodanig geldende algemene regels niet zijn of worden nageleefd (art. 5.19 Wabo). Tot deze regels behoren ook de in het Activiteitenbesluit milieubeheer gestelde regels. Alvorens tot intrekking over te gaan moet de betrokkene evenwel de gelegenheid worden geboden zijn handelen in overeenstemming te brengen met de vergunning of ontheffing. Deze sanctie wordt in de praktijk slechts toegepast als uiterste maatregel.<sup>81</sup>

Als bestuursrechtelijke maatregelen zijn genomen en onvoldoende effectief gebleken, kan ook in het milieurecht het strafrecht (weer) in actie komen. Bij schending van één van de in art. 1a WED vermelde voorschriften kunnen naast de daarop gestelde hoofdstraffen ook de eerder vermelde bijkomende straf en andere bijkomende straffen zoals de gehele of gedeeltelijke stillegging van de onderneming worden opgelegd, alsmede een aantal specifieke economische maatregelen (art. 8 WED). Maar ook deze andere bijkomende straffen en de specifieke economische maatregelen worden slechts zelden opgelegd.

Kunnen uit een vergelijking van deze beide stelsels lessen worden getrokken voor de rol die het strafrecht bij het voorkomen van crises kan vervullen? Er zijn grote verschillen tussen het verkeersrecht en het milieurecht. Zo gaat het bij rijden onder invloed en te hard rijden in beginsel om geïsoleerde gedragingen die zich lenen voor een sterk gestructureerde strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Bij schendingen van een voorschrift van een milieuvergunning kan het gaan om een langer durende situatie waarbij de inschatting van risico's lastiger is. Verder kunnen bij het intrekken van een milieuvergunning grotere belangen op het spel staan. Als de betrokkene geen motorrijtuig meer mag besturen kan dat hem zijn baan kosten. Maar er zijn meestal geen grote gevolgen voor niet tot zijn gezin behorende derden. Als een onderneming de activiteit waarvoor een milieuvergunning vereist is niet meer mag voortzetten, kan dat verlies van werkgelegenheid voor velen tot gevolg hebben.

80. Uylenburg en Visser 2006, p. 272 noemen als oorzaken: beduchtheid voor de (economische) gevolgen, het arbeidsintensieve karakter van bestuursdwang, technische en praktische problemen. Aannemelijk is dat ook stillegging en buitenwerkingstelling van een inrichting onder de bestuursdwangbevoegdheid valt (Beijen 2012, p. 229).

81. Uylenburg en Visser 2006, p. 279; Beijen 2012, p. 235.

De verschillen dwingen tot terughoudendheid bij het trekken van conclusies inzake de rol die het strafrecht naast bestuursrechtelijke handhaving kan spelen. Tegelijk kan een vergelijking van beide stelsels ons juist in het licht van deze verschillen wellicht ook verder brengen. De inrichting van de handhaving in het verkeersrecht laat zien welk stelsel tot stand kan komen als er voor wordt gekozen het recht krachtig in te zetten om te voorkomen dat risico's voor de veiligheid zich realiseren.<sup>82</sup> Daarmee kan het verkeersrecht een bron van inspiratie zijn voor voorstellen die de rol van het recht bij het voorkomen van crises versterken.

Wat bij een vergelijking vooral opvalt, is dat bestuursrechtelijke en strafrechtelijke maatregelen en sancties in het verkeersrecht sterker verweven zijn. Het begaan van strafbare feiten kan er toe leiden dat aan de betrokkene de bevoegdheid om gebruik te maken van de vergunning (het rijbewijs) wordt onttrokken, en dat gebeurt ook regelmatig. Het hebben begaan van nader omschreven strafbare feiten leidt er voorts toe dat welhaast automatisch een bestuurlijk traject in gang wordt gezet dat tot ongeldigverklaring van het rijbewijs kan leiden. Een recidive heeft in nader omschreven gevallen tot gevolg dat het rijbewijs automatisch zijn geldigheid verliest. In het milieurecht is een dergelijke verwevenheid niet tot stand gekomen. Het begaan hebben van strafbare feiten leidt er welhaast nooit toe dat een straf of maatregel wordt opgelegd die aan de betrokkene de bevoegdheid om gebruik te maken van een vergunning onttrekt. De constatering van strafbare feiten kan er (mede) toe leiden dat een vergunning wordt ingetrokken; ook via de Wet BIBOB kunnen strafbare feiten bestuursrechtelijk gevolgen hebben. Maar dat is wat anders dan een wettelijke regel die meebrengt dat (een strafrechtelijke veroordeling wegens) handelen in strijd met vergunningsvoorschriften (bij recidive, na een bestuurlijke toets) tot intrekking van een vergunning leidt. De administratieve afhankelijkheid van het milieustrafrecht is een bekend thema<sup>83</sup>; strafrechtelijke afhankelijkheid van het milieubestuurrecht is een min of meer onbekend fenomeen.<sup>84</sup> Daarmee blijft een stimulans voor daadkrachtig bestuurlijk optreden die van strafrechtelijke handhaving kan uitgaan, onbenut.

Daar komt bij dat de normering van de handhaving in het verkeersrecht zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht betrekkelijk strikt is. Dat maakt het mogelijk veel bevoegdheden op een betrekkelijk laag niveau in

82. Mogelijk zelfs te krachtig; vgl. Rechters kritisch over standaard maatregel CBR bij alcohol in het verkeer ([www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)); Keulen 2006.

83. Vgl. Hendriks 2010, p. 1.

84. Terwijl Struiksma, De Ridder en Winter 2007, p. 95 al aangeven dat 'onderlinge samenwerking tussen de handhavingsinstanties een succesfactor' is. De Aanwijzing handhaving milieurecht (2010A004) stelt wel dat een effectieve handhaving van het milieurecht alleen mogelijk is bij een integrale benadering van de handhavingproblematiek. Maar het geldend recht geeft daar geen handen en voeten aan.

de betrokken organisaties te laten uitoefenen. In het milieurecht is de normering van de handhaving over het geheel genomen minder strikt. En waar wel een nadere normering aanwezig is, lijkt deze eerder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om krachtig op te treden. Een bestuursorgaan mag niet overgaan tot intrekking van de vergunning dan nadat de betrokkene de gelegenheid is geboden zijn handelen met de vergunning in overeenstemming te brengen (art. 5.19 Wabo).

Inmiddels is in het milieurecht op een beperkt terrein een wettelijke regel van kracht die niet met dit beeld spoort. Hoofdstuk 18 van de Wet milieubeheer ziet op de handhaving van het bij of krachtens die wet bepaalde. Veel bepalingen van dit hoofdstuk delen taken toe aan de Nederlandse emissieautoriteit. Zo kan de emissieautoriteit bij veel gedragingen een last onder dwangsom opleggen (art. 18.6a/6b Wm). Maar de emissieautoriteit kan ook een bestuurlijke boete opleggen (artt. 18.16a, 18.16s Wm). En het bestuur stelt elk jaar voor 1 oktober een overzicht op van personen die twee nader omschreven verboden hebben overtreden en ten aanzien van wie de beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete onherroepelijk is geworden; dit overzicht wordt gepubliceerd in de Staatscourant (art. 18.16p Wm). Verder kan het bestuur van de emissieautoriteit de Europese Commissie verzoeken een exploitatieverbod op te leggen aan een vliegtuigexploitant die niet voldoet aan een aantal bij of krachtens deze wet gestelde regels, indien zulks niet met andere handhavingsmaatregelen kon worden gewaarborgd (art. 18.16r Wm). En indien binnen een periode van vier jaar aan een persoon tweemaal voor eenzelfde feit een bestuurlijke boete als bedoeld in art. 18.16a Wm is opgelegd en de betrokken boeten binnen die periode onherroepelijk zijn geworden, kan het bestuur van de emissieautoriteit een door haar verstrekte vergunning die de betrokken persoon houdt, intrekken (art. 18.17 Wm).

Voorals de beide laatste regels trekken in het licht van het voorgaande de aandacht. Het voorschrift dat het de emissieautoriteit mogelijk maakt aan de Commissie een exploitatieverbod te vragen brengt een duidelijke koppeling aan tussen de constatering van overtredingen en het recht tot voortzetting van de activiteit. En het voorschrift dat intrekking van een vergunning mogelijk maakt als binnen een beperkte periode een tweede onherroepelijke bestuurlijke boete is opgelegd, legt een expliciet verband tussen een opgelegde straf en de intrekking van een vergunning.

Beide regels roepen in relatie tot het strafrecht wel enige vragen op. Het exploitatieverbod kan pas worden gevraagd als de naleving van de wet niet met andere handhavingsmaatregelen verzekerd kan worden. Dat doet de vraag rijzen welke handhavingsmaatregelen dienen te zijn toegepast. Een

85. Uit de memorie van toelichting wordt dat niet duidelijk (*Kamerstukken II 2008/09, 31 963, nr. 3, p. 39-40*).

aantal artikelen uit hoofdstuk 18 van de Wet milieubeheer zijn in de WED opgenomen. Indien een gedraging waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd tevens een strafbaar feit is en de ernst van de overtreding of de omstandigheden waaronder zij is begaan daartoe aanleiding geven, legt het bestuur van de emissieautoriteit haar aan het OM voor (art. 18.16d Wm). In de context van een strafvervolging kan stillegging van de onderneming als straf gevorderd worden, of als voorlopige maatregel bevolen. Zijn ook dat handhavingsmaatregelen die toegepast moeten zijn voordat de gang naar Brussel gemaakt mag worden?<sup>85</sup> De mogelijkheid tot toepassing van het strafrecht roept ook vragen op in relatie tot de tweede regel. Naar de letter van de wet te oordelen mag het bestuur van de emissieautoriteit niet op deze grond tot intrekking van de vergunning overgaan als één van beide feiten aan het OM is voorgelegd en tot oplegging van een (zwaardere) straf door de strafrechter heeft geleid. Is dat verschil in rechtsgevolgen te rechtvaardigen?

Maar belangrijker dan de vragen die beide regels doen rijzen zijn naar mijn mening de perspectieven die zij openen. Ook in het milieurecht kan een handhavingsstructuur tot stand komen waarin bestraffende en bestuurlijke handhaving sterker met elkaar vervlochten zijn. Mij komt het wenselijk voor dat, in aansluiting op de bestaande taakverdeling en met de artikelen betreffende de emissieautoriteit als inspiratiebron, een aantal aan scherpingen worden gerealiseerd. Aan het OM zou de bevoegdheid kunnen worden gegeven om, net als andere betrokken bestuursorganen, tot toepassing van een bestuurlijke maatregel te adviseren (vgl. art. 5.20 Wabo). Eenzelfde bevoegdheid zou aan de strafrechter kunnen worden toegekend.<sup>86</sup> En aan een veroordeling wegens handelen in strijd met vergunningsvoorschriften dat grote risico's voor mens en milieu in het leven roept zou de wet, zeker bij recidive, in meer gevallen de consequentie kunnen verbinden dat zij voor het bestuur de verplichting creëert de betreffende vergunning in te trekken of in ieder geval opnieuw te beoordelen.

### 3.4 *Afronding*

In de inleiding van deze paragraaf werd al aangegeven dat in de zaak tegen de eigenaren van de vuurwerkfabriek in Enschede, in de zaak tegen de eigenaar van café De Hemel en in de zaak tegen de algemeen directeur van Chemie-Pack culpose delicten en orderingsdelicten een rol speelden. De beslissingen inzake de ten laste gelegde culpose misdrijven en de (ten laste gelegde) overtredingen van orderingswetgeving zijn in deze en andere

86. Iets verder gaan Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 152-153, die opperen om de last onder dwangsom en bestuursdwang in de WED te plaatsen. Aarzelingen bij een dergelijke uitbreiding van handhavingsbevoegdheden heeft Blomberg 2000, p. 504. Zij zoekt het in een taakverdeling op basis van beleid (p. 500-504).

gevallen nauw verweven. Kern van het culpose misdrijf is de verwijtbare (aanmerkelijke mate van) onvoorzichtigheid. Van oudsher speelt bij die onvoorzichtigheid de voorzienbaarheid een grote rol. Onvoorzichtig is het verrichten van een gedraging waarvan de dader kan en behoort te voorzien dat het in de strafwet genoemde gevolg daardoor zou kunnen intreden en die hij deswege achterwege behoort te laten. Voorschriften die bij of krachtens ordeningswetgeving worden gesteld strekken er veelal toe om het intreden van dat gevolg te voorkomen. Daarmee is gegeven dat het overtreden van deze voorschriften een belangrijke bouwsteen van onvoorzichtigheid kan zijn.<sup>87</sup>

Dat het bij ordeningsdelicten en culpose delicten om schending van dezelfde voorzichtigheidsnorm kan gaan, brengt mee dat er ook bij de bestraffing een verband is. Een schuldstrafrecht stelt grenzen aan de mate waarin de omstandigheid dat een risico zich realiseert, de straf mag bepalen op gedrag dat het risico in het leven roept. Dat speelt bijvoorbeeld in de sfeer van het verkeer. Vellinga heeft betoogd dat het strafrecht in de context van het verkeer een te grote discrepantie creëert tussen de toevallig ongelukkige en de gelukkige roekeloze.<sup>88</sup> Hij stelde daarom de invoering van een abstract gevaarzettingsdelict voor, en wees als voorbeeld op Par. 315c StGB. Dat stelt op (kort samengevat) roekeloos rijgedrag dat tot gevaar voor het leven van een ander leidt een maximale gevangenisstraf van vijf jaren. Daarmee zouden de strafmaxima die de wet bedreigt tegen roekeloos verkeersgedrag dat zonder fatale gevolgen blijft en onvoorzichtig verkeersgedrag dat wel tot fatale gevolgen leidt, inderdaad meer in lijn worden gebracht.

Bij de bestraffing van onvoorzichtigheid zonder en onvoorzichtigheid met fatale gevolgen op het terrein van het milieu speelt het verband ook een rol. Als de overheid weinig werk maakt van overtreding van ordeningsvoorschriften, en schending daarvan strafrechtelijk noch bestuursrechtelijk tot een stevige reactie leidt, kan dat gevolgen hebben voor de straf die feitelijk wordt opgelegd in gevallen waarin het risico zich wel realiseert. Dat vloeit deels voort uit de gedachte dat een te grote discrepantie tussen de toevallig ongelukkige en de gelukkige roekeloze dient te worden vermeden. Maar het kan ook grenzen stellen aan de mogelijkheid om roekeloosheid vast te stellen. Eerder (par. 3.2) werd al gesteld dat voor die vaststellingen van belang is of de verdachte is geweest op de grootte en de onaantvaardbaarheid van de risico's die hij heeft genomen. En dat in dat verband bijzondere betekenis toekomt aan informatie en waarschuwingen van overheidsinstanties. Ook het feitelijk optreden van de overheid kan evenwel een rol spelen. De overheid die van risico's wist en niet heeft inge-

87. Vellinga 2012, p. 149-150.

88. Vellinga 2012, p. 196-197.

grepen, helpt de strafrechter niet bij de vaststelling dat de verdachte welbewust onaanvaardbare risico's heeft genomen.

Naar mijn mening pleit daarmee ook het verband tussen culpose delicten en orderingsdelicten voor een handavingsstructuur waarin bestraffen-de en bestuurlijke handhaving sterker met elkaar vervlochten zijn. Door duidelijk te maken welke gevolgen de overheid aan schending van bepaalde voorschriften verbindt, wordt verhelderd welke risico's onaanvaardbaar zijn.

## **4 Opsporing en crises**

### *4.1 Inleiding*

Als gezegd is niet alleen het materiële strafrecht van belang in verband met crises. Het materiële strafrecht wordt verwerklijkt door het strafprocesrecht. De inrichting van het voorbereidend onderzoek en de bevoegdheden die daarin ter beschikking zijn gesteld, bepalen in belangrijke mate in hoeverre het strafrecht aan het voorkomen van crises kan bijdragen.

Onderzoek met het oog op de preventie van crises vindt evenwel niet alleen in een strafvorderlijke context plaats. Bij de strafbaarstellingen van voorbereiding werd al aangestipt dat de AIVD informatie kan aandrigen waaruit (het vermoeden van) strafbare voorbereiding van terroristische aanslagen blijkt. En in het kader van de bestuurlijke handhaving worden in veel gevallen toezichthoudende taken aan ambtenaren toebedeeld. De uitoefening van die taak strekt ook tot het voorkomen van gedrag dat tot crises kan leiden.

In deze paragraaf wordt onderzocht hoe het strafrechtelijk vooronderzoek dat relevant is in verband met het voorkomen van crises is ingericht, en hoe de verhouding tot de genoemde andere vormen van onderzoek die aan het voorkomen van crises kunnen bijdragen is vormgegeven.

### *4.2 Opsporing van voorbereiding*

Strafbare voorbereiding speelt zich in belangrijke mate in het verborgene af. Opsporing van strafbare voorbereiding vraagt derhalve om bevoegdheden die informatie over verborgen activiteiten en voornemens kunnen genereren. Bij de bespreking van de strafbare voorbereiding werd al gerefereerd aan de bevoegdheid om telefoongesprekken af te luisteren. Het af luisteren van telefoongesprekken in het kader van het strafrechtelijk vooronderzoek werd al in de jaren '70 wettelijk geregeld. Andere bevoegdheden die van belang zijn voor de opsporing van voorbereidingshandelingen zijn de afgelopen decennia door (hoofdzakelijk) twee wetten tot stand gebracht.

De eerste is de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden.<sup>89</sup> Deze wet creëerde een expliciete wettelijke basis voor de toepassing van veel ‘geheime’ opsporingsmethoden, zoals stelselmatige observatie en infiltratie. Geregeld werd bovendien dat deze bevoegdheden niet alleen bij een klassieke verdenking konden worden toegepast. Zij konden ook worden ingezet bij (kort gezegd) een redelijk vermoeden van georganiseerde criminaliteit (vgl. art. 126o Sv). Daarmee werd afscheid genomen van de gedachte dat alle in het Wetboek van Strafvordering te reguleren bevoegdheden (in beginsel) aan een verdenking van een strafbaar feit gekoppeld moesten worden. Dat werd bovendien bezegeld in een definitie van het opsporingsonderzoek die in een nieuw art. 132a Sv een plaats kreeg.

Aan deze wet is tot op zekere hoogte een vervolg gegeven met de Wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven.<sup>90</sup> Deze wet introduceerde, de systematiek van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden volgend, een groot aantal bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven. Kenmerkend voor veel van deze bevoegdheden is dat zij niet aan een verdenkingseis, maar aan de (lichtere) eis van aanwijzingen zijn gekoppeld.<sup>91</sup> Dat geldt voor stelselmatige observatie (art. 126zd Sv), maar bijvoorbeeld ook voor het opnemen van vertrouwelijke communicatie (art. 126zf Sv). De introductie van deze bevoegdheden betekende een breuk met eerder beleid: het was strafvorderlijke organen lange tijd niet toegestaan zich te begeven op het terrein waar inlichtingen- en veiligheidsdiensten actief waren. In het begin van de jaren ’80 werd bijvoorbeeld nog expliciet aangegeven dat ‘het taakgebied van de CRI met betrekking tot de bestrijding van het terrorisme zijn begrenzing vindt in de aan de BVD op dit terrein opgedragen taak’.<sup>92</sup>

Gekoppeld aan de introductie van de bevoegdheden die bij aanwijzingen van terroristische misdrijven kunnen worden toegepast, werd ook de definitie van art. 132a Sv aangepast. Daarin staat nu dat onder opsporing wordt verstaan ‘het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen’.<sup>93</sup> Daarmee biedt het Wetboek van Strafvordering plaats aan alle vormen van onderzoek die gericht zijn op te nemen strafvorderlijke beslissingen. Per bevoegdheid kan vervolgens worden afgewogen welke voorwaarden aan de toepassing dienen te worden gesteld.

89. Wet van 27 mei 1999, *Stb.* 245.

90. Wet van 20 november 2006, *Stb.* 580.

91. Vgl. over die eis van aanwijzingen *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 9. Toepassing van enkele bevoegdheden is zelfs niet van aanwijzingen afhankelijk gemaakt.

92. *Kamerstukken II* 1981/82, 17 363, nr. 6, p. 2. Zie uitgebreider Krips 2009, p. 137 e.v..

93. Dat impliceerde een keuze voor een ruim opsporingsbegrip als voorgesteld in Knigge en Kwakman 2001.

De AIVD heeft in het belang van de nationale veiligheid (onder meer) tot taak onderzoek te verrichten ‘met betrekking tot organisaties en personen die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid of voor andere gewichtige belangen van de staat’ (art. 6 Wiv 2002). Met het oog op de uitoefening van die taak zijn aan (de medewerkers van) de dienst een aantal bevoegdheden ter beschikking gesteld. Daartoe behoren bevoegdheden tot observeren, infiltratie, hacken en het afluisteren en opnemen van communicatie (artt. 20-27 WIV 2002).

De invalshoek van dit onderzoek door de AIVD is een andere dan die van strafvorderlijk opsporingsonderzoek. Bij het onderzoek door de AIVD staat de staatsveiligheid centraal, niet het strafbare feit. Tegelijk volgt uit de wettelijke omschrijving van de taak van de AIVD dat er een overeenkomst is met de opsporingstaak. Activiteiten die een gevaar vormen voor de veiligheid of andere gewichtige belangen van de staat zullen in veel gevallen ook een strafbaar feit opleveren. Materieel is het onderzoek door de AIVD in die gevallen een onderzoek dat (mede) in verband staat met later te nemen strafvorderlijke beslissingen.

De resultaten van onderzoek door de AIVD hebben in het strafproces een positie die sterk verschilt van die van de resultaten van opsporingsonderzoek. Opsporingsambtenaren zijn verplicht ten spoedigste proces-verbaal op te maken van het door hen opgespoorde strafbare feit of van hetgeen door hen tot opsporing is verricht of bevonden (art. 152 Sv). Dat proces-verbaal moet in beginsel bij de processtukken worden gevoegd, als het informatie bevat die voor de door de rechter ter terechtzitting te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kan zijn (art. 149a Sv). Alleen met schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris kan voeging achterwege worden gelaten, als aan één van enkele strikte criteria (waartoe behoort het belang van staatsveiligheid) is voldaan (art. 149b Sv). Door de AIVD vergaarde informatie komt in veel beperktere mate voor de strafvordering beschikbaar. Informatie die van belang kan zijn voor de opsporing en vervolging van strafbare feiten wordt schriftelijk meegedeeld aan het daartoe aangewezen lid van het OM (art. 38 WIV 2002). Op diens verzoek krijgt hij inzage in alle aan de mededeling ten grondslag liggende gegevens die voor de beoordeling van de juistheid van de gegevens van belang zijn. Op deze officier van justitie rust evenwel een geheimhoudingsplicht; hij mag alleen de schriftelijke mededeling, het ambtsbericht, doorspelen (art. 85 WIV 2002).

Tegen deze achtergrond valt te verdedigen dat de creatie van opsporingsbevoegdheden die bij aanwijzingen van een terroristisch misdrijf kunnen worden toegepast vanuit het oogpunt van de verdachte ook aantrekkelijke kanten heeft. Bij toepassing van geheime onderzoeksmethoden in een

strafvorderlijk kader moet in de processtukken achteraf meer openheid van zaken worden gegeven.

In de jurisprudentie zijn een aantal strafzaken aan de orde geweest waarin op door de AIVD verricht onderzoek werd voortgebouwd. In enkele op 5 september 2006 gewezen arresten was sprake van ‘met terrorisme samenhangende feiten’.<sup>94</sup> Naar aanleiding van ambtsberichten van de BVD (de voorganger van de AIVD) hadden doorzoeken plaats gehad en waren verdachten aangehouden. De Hoge Raad slaat in deze arresten twee belangrijke piketpalen. In een strafprocedure waarin van de BVD afkomstig materiaal voor het bewijs wordt gebruikt, moet zijn voldaan aan de eisen van een eerlijk proces en de rechter moet dat toetsen. En art. 359a Sv ziet alleen op vormverzuimen die begaan zijn in het voorbereidend onderzoek; niet op vormverzuimen die aan het onderzoek van de AIVD kleven.

Maar daar laat de Hoge Raad het niet bij. Hij overweegt namelijk vervolgens dat zulks niet wegneemt dat onder omstandigheden de resultaten van het door een inlichtingen- en veiligheidsdienst ingestelde onderzoek niet tot het bewijs mogen worden gebruikt. Daarvan kan, zo stelt de Hoge Raad, bijvoorbeeld sprake zijn in het geval ‘doelbewust met het oog op het buiten toepassing blijven van strafvorderlijke waarborgen geen opsporingsbevoegdheden worden aangewend teneinde gebruik te kunnen maken van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst vergaarde informatie’. En de Hoge Raad noemt ook het geval waarin ‘het optreden van de betrokken dienst een schending van de aan een verdachte toekomende fundamentele rechten heeft opgeleverd die van dien aard is dat daardoor geen sprake meer is van een fair trial als bedoeld in art. 6 EVRM’.<sup>95</sup> Daarnaast acht de Hoge Raad het ‘denkbaar dat in verband met de beperkte mogelijkheden tot toetsing van de betrouwbaarheid van het overgedragen materiaal de verdedigingsrechten in die mate zijn beperkt dat het gebruik tot het bewijs van dat materiaal niet verenigbaar is met het vereiste van een fair trial als bedoeld in art. 6 EVRM’.

De toepassing van deze regels is aan de orde in HR 13 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2553, NJ 2007/614. Deze strafzaak is een uitvloeisel van een onderzoek naar een groep dierenrechtenactivisten waarin de AIVD aan het OM een ambtsbericht had verstrekt. Uiteindelijk is de verdachte wegens het medeplegen van het vernielen van een hek van TNO tot 300 euro boete veroordeeld. De verdediging meent dat het OM niet-ontvankelijk in de vervolging moet worden verklaard omdat het de AIVD onderzoek heeft laten verrichten waartoe het zelf in de gegeven omstan-

94. Vgl. NJ 2007/336 m.nt. T.M. Schalken, ECLI:NL:HR:2006:AV4122, AV4144, AV4149 (Eik).

95. Men kan zich overigens afvragen of niet-ontvankelijkverklaring van het OM in laatstgenoemd geval niet meer aangewezen is dan bewijsuitsluiting.

digheden de bevoegdheden miste. De Hoge Raad verwerpt het betreffende middel: gelet op de onderscheiden taakstelling verzet geen rechtsregel zich ertegen dat zowel een inlichtingen- en veiligheidsdienst als het OM of een opsporingsdienst onderzoek doet naar bepaalde personen of groeperingen, ‘indien daartoe vanuit de vervulling van hun taak aanleiding bestaat’.

En de toepassing van de door de Hoge Raad geformuleerde regels is wederom aan de orde in HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP7544, *NJ* 2012/36, m.nt. T.M. Schalken. Daarin is de verdachte veroordeeld wegens (onder meer) het deelnemen aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven. Het middel ziet op een passage uit een door de AIVD opgenomen telefoongesprek die door het Gerechtshof als bewijs is gebruikt. In verband met dit telefoongesprek had de verdediging onderzoekswensen op tafel gelegd. Zo had zij verzocht om het horen van een medewerker van de AIVD. En zij had verzocht om toevoeging aan het dossier van alle telefoongesprekken waaraan de verdachte had deelgenomen. Deze onderzoekswensen waren door het Hof aanvankelijk gehonoreerd, maar zij werden – na een weigering van het hoofd AIVD – uiteindelijk niet vervuld. De Hoge Raad meent dat het Hof de verwerping van de (afgezwakte) onderzoekswensen die de verdediging in een later stadium had gedaan breder had moeten motiveren, en wijst daarbij onder meer op de mogelijkheid om een onder pseudoniem aangeduide medewerker van de AIVD ‘als afgeschermd getuige te doen horen’.

Uit de wet en uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat de wettelijk omschreven taken bepalend zijn voor de onderzoekshandelingen die in een AIVD-onderzoek respectievelijk in een strafvorderlijk vooronderzoek kunnen plaatsvinden. Er is niet voorzien in een afwegingskader. Wel voorziet de wet in een gereguleerde vorm van communicatie. De leden van het OM doen door tussenkomst van het College van procureurs-generaal mededeling van de te hunner kennis gekomen gegevens die zij voor de AIVD van belang achten. En steeds wanneer de vervulling van de taak van het OM en van de AIVD daartoe aanleiding geeft, plegen een lid van het College en het hoofd van de AIVD overleg (art. 61 WIV 2002).

Die stand van zaken behoeft voor de AIVD geen probleem te zijn. Er zijn geen belemmeringen voor de AIVD om gebruik te maken van in strafvorderlijk kader verkregen informatie. Omgekeerd is er ook geen principiële belemmering. Materiaal dat door de AIVD is verzameld, is in beginsel bruikbaar in het strafproces. De Hoge Raad geeft wel aan dat het niet zo mag zijn dat doelbewust met het oog op het buiten toepassing blijven van strafvorderlijke waarborgen geen opsporingsbevoegdheden worden aangewend teneinde gebruik te kunnen maken van door een inlichtingen- en veiligheidsdienst vergaarde informatie. Maar het is nauwelijks voorstelbaar dat dit geval zich daadwerkelijk aantoonbaar zal voordoen. Want toepas-

sing van bevoegdheden in een AIVD-onderzoek zal gewoonlijk ook door de eigen wettelijke taakstelling gedragen worden.<sup>96</sup>

In de verdedigingsrechten ligt echter wel een begrenzing van de strafvorderlijke bruikbaarheid. En dat is ook een serieus te nemen begrenzing, zo blijkt uit de laatst besproken zaak. Naleving van verdedigingsrechten zal bij materiaal dat door de AIVD is verzameld veelvuldig een probleem zijn. Voor de AIVD zelf behoeft dat geen reden tot zorg te zijn. Met de aanhouding van de verdachte kan het nagestreefde doel al bereikt zijn. Problematisch wordt het (vanuit de taak van de AIVD gedacht) pas als het niet respecteren van verdedigingsrechten er toe leidt dat een vrijheidsbeneming die voor de staatsveiligheid riskante activiteiten een tijd lang een halt toe kan roepen, in gevaar komt. Voor de strafrechtelijke organen ligt het anders. Vanuit strafrechtelijke doelstellingen bezien is het per definitie problematisch als het niet respecteren van verdedigingsrechten tot vrij spraak leidt.

De keuze van het kader waarin bijzondere onderzoeksbevoegdheden worden toegepast, is derhalve geen lood om oud ijzer. Voor de bruikbaarheid uit oogpunt van staatsveiligheid is de omstandigheid dat informatie in een strafvorderlijk kader verkregen is, niet wezenlijk van belang. Alle informatie is even bruikbaar. Andersom ligt dat anders; door de AIVD verstrekte informatie is in een strafproces dikwijls slechts in beperkte mate toetsbaar en (dus) bruikbaar. Dat is naar mijn mening een sterk argument om de toepassing van bijzondere onderzoeksbevoegdheden in gevallen waarin zij naar redelijke verwachting strafvorderlijk bewijs kan opleveren in een strafvorderlijk kader te laten plaatsvinden.

Daarvoor is gewoonlijk nodig dat de AIVD informatie in een betrekkelijk vroeg stadium deelt met strafvorderlijke organen. De taakstelling van de AIVD verzekert niet dat dit gebeurt. Een inlichtingen- en veiligheidsdienst richt zich op het verkrijgen van een sterke informatiepositie en wil een groepering of persoon het liefst zo lang mogelijk blijven volgen.<sup>97</sup> Dat brengt mee dat medewerkers van de AIVD terughoudend zijn in het delen van informatie zolang er in hun ogen nog geen reële dreiging is. Het is risikant om de beleidsvrijheid van deze medewerkers om al dan niet informatie te verstrekken aan strafvorderlijke organen in te perken. Tegelijk is de ene bedreiging voor de (staats)veiligheid de andere niet. De voorbereiding van een terroristische aanslag die aan vele mensen het leven kan kosten is iets anders dan de voorbereiding van een actie door dierenrechtenactivisten, hoe bedreigend ook die voor slachtoffers kan zijn.

Naar mijn mening wordt bij deze stand van zaken al een belangrijke stap vooruit gezet als het recht erkent dat het bij de keuze van onderzoekskader

96. Vgl. Krips 2009, p. 162-163.

97. Vgl. Krips 2009, p. 131.

om een afweging gaat en die afweging enigermate structureert.<sup>98</sup> Dat zou kunnen in een door het College van procureurs-generaal en het hoofd van de AIVD af te spreken (en bekend te maken) beleidsregel. Kern daarvan zou kunnen zijn dat aan toepassing van ingrijpende bevoegdheden door de AIVD een afweging voorafgaat waarin het alternatief van toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden nadrukkelijk wordt betrokken. En dat het OM in een strafproces slechts gebruik maakt van aldus door de AIVD verkregen belastende informatie nadat het zich er van heeft verzekerd dat deze afweging adequaat gemaakt is. De minister van Veiligheid en Justitie zou de totstandkoming van een dergelijke beleidsregel vanuit zijn verantwoordelijkheid kunnen bevorderen. En de rechter zou de toepassing van een dergelijke regel waar daar aanleiding toe is kunnen toetsen, al dan niet met inschakeling van de rechter-commissaris die een afgeschermd getuige kan horen.

Aan een keuze om bijzondere onderzoeksbevoegdheden in gevallen waarin zij naar redelijke verwachting strafvorderlijk bewijs opleveren bij voorkeur in een strafvorderlijk kader toe te passen, kunnen ook consequenties worden verbonden voor de bevoegdheden die in dat kader ter beschikking worden gesteld. Dat hacken in de context van een AIVD-onderzoek door de wet wordt toegestaan, is dan een zelfstandig argument om deze bevoegdheid ook in het Wetboek van Strafvordering te regelen.<sup>99</sup>

#### *4.3 Opsporing en ordeningsdelicten*

In ordeningswetgeving wordt al langer dan in het Wetboek van Strafvordering gewerkt met een ruim opsporingsbegrip. Bij de Wet op de economische delicten, die in de jaren na de Tweede Wereldoorlog tot stand kwam, blijkt dat al min of meer uit het karakter van de bevoegdheden die ten behoeve van de opsporing ter beschikking worden gesteld. Daaronder vallen bijvoorbeeld een bevoegdheid tot monsterneming en een bevoegdheid om inzage van bescheiden te vorderen (artt. 19, 21 WED). Dat zijn bevoegdheden waarvan de uitoefening gewoonlijk niet aan de voorwaarde van een verdenking gekoppeld is, en de WED stelt die voorwaarde ook niet.

Bij een wijziging van de WED in 1969 is deze ruime interpretatie van het begrip opsporing in de WED door de minister van Justitie bevestigd: ‘Bij de handhaving van bepaalde economische voorschriften (vooral inzake kwaliteitseisen) kan de opsporing zich niet alleen richten op gevallen

98. Dat sluit ook aan bij het rapport van de Commissie Dessens 2013: de aandachtsgebieden van de politie en de inlichtingen- en veiligheidsdiensten lopen steeds meer door elkaar (p. 122) en AIVD en OM werken steeds meer samen (p. 127).

99. Vgl. Krips 2009, p. 163, noot 80. Het wetsontwerp Computercriminaliteit III wil deze bevoegdheid creëren (zie [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl)).

waarin sprake is van een concrete verdenking van een door een bepaalde persoon gepleegde delict. Zijn er aanwijzingen, dat een economisch voorschrift niet is nageleefd, dan brengt het belang van de opsporing mee dat door monsterneming en dergelijke wordt nagegaan waar zich in concreto een overtreding voordoet.<sup>100</sup> De Hoge Raad zit bij de interpretatie van opsporingsbevoegdheden in de WED op dezelfde lijn.<sup>101</sup>

Daarmee biedt de WED al lange tijd een kader voor de vormen van onderzoek die passen bij in het kader van ordeningswetgeving te nemen strafvorderlijke beslissingen. Dat geldt ook voor ordeningswetgeving die een rol speelt bij het voorkomen van crises.<sup>102</sup> Ordeningsdelicten die risico's voor leven en gezondheid van mensen in het leven roepen kunnen dikwijls slechts aan het licht worden gebracht als zonder concrete verdenking kan worden nagegaan of de wet wordt nageleefd.

In ordeningswetten is dikwijls voorzien in de mogelijkheid om toezichthouders aan te wijzen. Voorschriften inzake dit toezicht zijn opgenomen in hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht, getiteld Handhaving. Het begrip toezichthouder wordt omschreven (art. 5:1) en aan de toezichthouder worden een aantal bevoegdheden toegekend (artt. 5:15 e.v. Awb).

De verhouding tussen toezicht en opsporing is een andere dan die tussen AIVD-onderzoek en opsporing. Onderzoek door de AIVD kan niet uitlopen op eigen, bestuurlijke sancties.<sup>103</sup> Bij gevaren voor de staatsveiligheid zal de AIVD vroeger of later strafvorderlijke organen op de hoogte moeten brengen als het wenselijk wordt geacht deze gevaren door aanhouding en inverzekeringstelling van verdachten te keren. Toezicht is meer vergelijkbaar met opsporing. Beide vormen van informatiegaring kunnen op de toepassing van sancties in de eigen kolom uitlopen. Maar er is vanuit strafrechtelijk gezichtspunt ook een overeenkomst tussen toezicht en AIVD-onderzoek. Ook bij toezicht kan zich de situatie voordoen dat informatie die opsporing kan rechtvaardigen (nog) niet met strafvorderlijke organen wordt gedeeld. En ook tussen bestuurlijke en strafvorderlijke overheidsorganen kunnen zich verschillen van inzicht voordoen omtrent de noodzaak van strafvorderlijk en bestuurlijk ingrijpen.

Dat is voor de strafvorderlijke organen weinig problematisch bij ordeningswetgeving waarin het accent sterk op de opsporing ligt. Dat is bijvoorbeeld het geval in het verkeersrecht. Hoofdstuk IX van de Wegen-

100. *Kamerstukken II* 1968/69, 9608, MvT, p. 2.

101. Vgl. HR 9 maart 1993, *NJ* 1993/633 m.nt. ThWvV; HR 25 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:3, *NJ* 2014/10 m.nt. J.M. Reijntjes.

102. De WED was na de oorlog ook de wet waarin de toenmalige crisiswetgeving werd ingekaderd; vgl. Hollander 1952, p. 9.

103. Gedacht is wel aan een bevoegdheid tot verstoren voor de AIVD, maar een wetsvoorstel dat mede tot invoering van een dergelijke bevoegdheid strekte is ingetrokken (*Kamerstukken II* 2010/11, 30 553).

verkeerswet 1994 is getiteld Handhaving. Het toezicht op de naleving van het bij of krachtens deze wet bepaalde is daarin (behoudens enige uitzonderingen) toevertrouwd aan de ambtenaren die ook met de opsporing van de bij of krachtens deze wet strafbaar gestelde feiten zijn belast (artt. 158 en 159 WVV 1994). Het ligt evenwel anders bij ordeningswetgeving waarin het accent veel meer op toezicht ligt. Dat is bijvoorbeeld het geval in het milieurecht. Met het toezicht op de naleving van het bij of krachtens de betrokken wet bepaalde zijn belast de bij ministerieel besluit aangewezen ambtenaren. Ook andere bestuursorganen kunnen toezichthouders aanwijzen (art. 5.10 Wabo). De bevoegdheid tot het opsporen van de bij of krachtens de betrokken wet strafbaar gestelde feiten komt slechts toe aan de ambtenaren met algemene opsporingsbevoegdheid en de ambtenaren die met het toezicht op de naleving zijn belast voor zover zij door de minister van Veiligheid en Justitie daartoe zijn aangewezen (art. 5.12 Wabo). Dat is een veel beperktere groep.

Er zijn de afgelopen jaren stappen gezet die eraan bijdragen dat het strafrecht een betere bijdrage kan leveren aan het voorkomen van crises op milieurechtelijk terrein. Zo kwam in 2006 de wet op de bijzondere opsporingsdiensten tot stand. Die wet ziet op vier bijzondere opsporingsdiensten; op het terrein van het milieurecht is dat de Inlichtingen- en Opsporingsdienst van de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT/IOD). Deze dienst is, onder gezag van de officier van justitie (het functioneel parket), onder meer belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde op beleidsterreinen waarvoor de minister van Infrastructuur en Milieu de verantwoordelijkheid draagt. Daarnaast hebben de ambtenaren van deze dienst een toezichthoudende taak. De ambitie van de ILT/IOD is, zo valt op haar website te lezen, 'het hebben van een uitstekende informatiepositie'.<sup>104</sup>

Tegelijk is duidelijk dat, gegeven de beperkte capaciteit die binnen en buiten de ILT-IOD voor de opsporing van milieudelicten beschikbaar is, prioriteiten dienen te worden gesteld. Dat leidt er onder meer toe dat de ILT-IOD in het kader van het toezicht handavingsconvenanten afsluit. Daarvoor komen volgens de website de best presterende ondertoezichtstaanden in aanmerking.<sup>105</sup> Met de kerngedachte achter deze convenanten, om intensiever toezicht te houden bij bedrijven waar problemen zijn of verwacht worden, is niets mis. Uit deze beleidskeuze alleen al vloeit evenwel ook voort dat veel informatie de ILT-IOD ontgaat. Niet voor niets maakt de ILT-IOD op de website melding van de mogelijkheid om meldingen te doen, ook anoniem.<sup>106</sup> Er is zelfs een Team Criminele Inlichtingen, dat speciaal met het onderzoek van deze meldingen is belast.

104. [www.ilent.nl/organisatie/opsporing](http://www.ilent.nl/organisatie/opsporing).

105. [www.ilent.nl/organisatie/toezicht/convenanten/handavingsconvenanten,index.aspx](http://www.ilent.nl/organisatie/toezicht/convenanten/handavingsconvenanten,index.aspx).

106. [www.ilent.nl/organisatie/opsporing/meldingen](http://www.ilent.nl/organisatie/opsporing/meldingen).

Bij de informatieverschaffing aan strafvorderlijke organen nemen ambtenaren die enkel met toezicht op de naleving zijn belast een bijzondere positie in. Art. 162 Sv legt ambtenaren die in de uitoefening van hun bediening kennis krijgen van een misdrijf met de opsporing waarvan zij niet zijn belast, een verplichting op om daarvan aangifte te doen indien door het misdrijf inbreuk wordt gemaakt op een regeling waarvan de zorg voor de naleving aan hen is opgedragen. Deze verplichting van toezichthouders past op milieurechtelijk terrein bij een realiteit waarin toezicht en opsporing nauw vervlochten zijn.

Bij die vervlechting zou ook passen dat aan het niet naleven van deze aangifteverplichting onder omstandigheden gevolgen kunnen worden verbonden. Te denken valt aan situaties waarin sprake is van dreigende ernstige aantasting van het milieu of de openbare gezondheid. Dat zijn de situaties waarin het OM ook van opsporingsambtenaren alertheid vraagt.<sup>107</sup> Mij komt het wenselijk voor dat het OM in geval de aangifteplicht in een gevaarlijke situatie niet is nageleefd, kan bewerkstelligen dat de aanwijzing als toezichthouder wordt ingetrokken. Dat zou de wettelijke waarborgen inzake de informatiepositie van strafvorderlijke organen op milieurechtelijk terrein versterken, en daarmee de mogelijkheden om door strafrechtelijk optreden aan het voorkomen van crises bij te dragen.<sup>108</sup>

## **5. Strafrechtelijk onderzoek en onderzoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid**

### *5.1 Inleiding*

Strafvorderlijk onderzoek staat niet alleen bij het voorkomen van crises maar ook in de nasleep van crises naast andere vormen van onderzoek. In 2005 is de Onderzoeksraad voor Veiligheid opgericht, nadat eerder in de transportsector al raden werkzaam waren die op structurele basis ongevalen onderzochten. Doel van het onderzoek door de OvV is toekomstige voorvallen te voorkomen of de gevolgen daarvan te beperken (art. 3 ROvV). Een voorval wordt daarbij aangemerkt als een ‘gebeurtenis die de dood of letsel van een persoon dan wel schade aan een zaak of het milieu veroorzaakt, alsmede een gebeurtenis die gevaar voor een dergelijk gevolg in het leven heeft geroepen’ (art. 1 ROvV).

107. Vgl. de Aanwijzing handhaving milieurecht (2010A004).

108. De Ridder, Schol en Struiksma 2009, p. 133, signaleren dat bestuurlijke informatie ‘lang niet altijd adequaat aangeleverd’ wordt. Een rechtsregel die de eigen strafrechtelijke verantwoordelijkheid van toezichthouders accentueert, kan passen bij een ontwikkeling naar zelfstandiger toezicht; vgl. daarover Biezeveld en Stoové 2011.

In deze paragraaf staat de verhouding van het strafrechtelijk vooronderzoek tot het onderzoek door de OvV centraal. Draagt de wijze waarop deze verhouding vorm is gegeven er aan bij dat het strafrecht zijn rol in verband met crises optimaal kan vervullen?

## 5.2 *Hoofdpijnen van het onderzoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid*

In de ROvV zijn een aantal bevoegdheden geregeld die ten doel hebben de OvV in staat te stellen een zo goed mogelijk oordeel te vellen. Zo hebben een aantal gezagsdragers, waaronder de burgemeester, de bevoegdheid om maatregelen te treffen die ertoe strekken dat de situatie ter plaatse van een voorval niet wordt gewijzigd (art. 30 ROvV). En bij of krachtens algemene maatregel van (rijks)bestuur kan worden bepaald dat in daarbij aangegeven gevallen de bij een voorval direct betrokken zaken behoudens daarbij te bepalen uitzonderingen ter beschikking van de raad blijven of komen (art. 31 ROvV).<sup>109</sup> Deze bevoegdheid is enigszins vergelijkbaar met de strafvorderlijke inbeslagneming.

Verder hebben aan de OvV verbonden onderzoekers een aantal bevoegdheden gekregen. Zij zijn bevoegd plaatsen te betreden (art. 36 ROvV), inlichtingen te vorderen (art. 37 ROvV) en inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en daar kopieën van te maken (art. 38 ROvV). Ook zijn zij bevoegd zaken te onderzoeken, aan opneming te onderwerpen en daarvan monsters te nemen (art. 39 ROvV). Een ieder is verplicht aan een onderzoeker alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Ambtelijk beschikbare informatie kan in sommige gevallen vertrouwelijk worden verstrekt.<sup>110</sup> Zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding kunnen het verlenen van medewerking weigeren voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit (art. 40 ROvV).

De OvV moet in beginsel binnen vijf dagen na het voorval beslissen of een onderzoek wordt ingesteld (art. 41 ROvV). Uitzonderingen op deze regel gelden in geval een voorval in samenhang met andere voorvallen wordt onderzocht, indien naderhand blijkt van feiten of omstandigheden die alsnog een onderzoek rechtvaardigen, en indien het onderzoek uitsluitend het omgaan met de gevolgen van een voorval betreft. De OvV onthoudt zich van onderzoek indien de minister van Veiligheid en Justitie dat bepaalt om overwegende redenen van de veiligheid van de landen van het Koninkrijk dan wel om overwegende redenen verband houdende met de handhaving of

109. Vgl. in dat verband art. 6 Rijksbesluit Onderzoeksraad voor Veiligheid.

110. Vgl. voor een toelichting daarop de vierde nota van wijziging, die na veel discussie werd ingediend (*Kamerstukken II 2002/03*, 28 634, nr. 33).

bevordering van de internationale rechtsorde (art. 42 ROvV).<sup>111</sup> De omstandigheid dat een strafrechtelijk onderzoek plaatsvindt, kan derhalve geen reden zijn om een onderzoek door de OvV tegen te houden.

De OvV kan ook een zitting houden. Van plaats, dag en uur van die zitting doet de OvV schriftelijk mededeling aan (onder meer) de natuurlijke personen, rechtspersonen of bestuursorganen waarvan het handelen of nalaten blijkt het voorlopig oordeel van de raad heeft bijgedragen tot het ontstaan van het voorval (art. 48 ROvV). Deze personen hebben in dat geval het recht om op het voorval betrekking hebbende stukken in te zien indien dat naar het oordeel van de OvV uit een oogpunt van waarheidsvinding noodzakelijk is (art. 49 ROvV). De zitting is in beginsel openbaar, maar de OvV kan anders beslissen. En de OvV is daartoe verplicht op grond van de wens van een persoon die wordt gehoord en meent door een verhoor in het openbaar zichzelf of een in de wet nader omschreven verwant aan het gevaar van een straf- of tuchtrechtelijke veroordeling, een disciplinaire maatregel of een nadelige civielrechtelijke uitspraak bloot te stellen (art. 50 ROvV). Deze persoon heeft dus niet het recht om te zwijgen maar kan wel afdwingen dat de zitting niet in het openbaar wordt gehouden. De gedachte is dat personen die in het strafvorderlijke onderzoek als verdachten het recht hebben om te zwijgen, in het 'oorzakenonderzoek' moeten meewerken.<sup>112</sup> De voorzitter roept personen die hij als getuige of deskundige wenst te horen op. Deze personen zijn verplicht om te verschijnen (art. 51 ROvV) en om getuigenis af te leggen of hun diensten als deskundige te verlenen, behoudens bij verschoning wegens ambts- of beroepsgeheim (art. 52 ROvV). Al met al vertoont deze procedure nogal wat overeenkomsten met een strafproces, al heeft het onderzoek een ander doel.

Ter afronding van zijn onderzoek stelt de OvV een rapport op. Dat bevat in ieder geval, voor zover het onderzoek zich daartoe uitstrekt, een analyse van de toedracht van het voorval en het omgaan met de gevolgen alsmede de gegevens waarop deze analyse berust, en voorts de vaststelling van de (vermoedelijke) oorzaken van het voorval en de omvang van zijn gevolgen. Indien daartoe aanleiding bestaat, bevat het rapport de constatering van structurele veiligheidstekorten en daaraan verbonden aanbevelingen (art. 55 ROvV). De OvV neemt door hem vergaarde informatie niet in het rapport op voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang

111. In art. 1 ROvV wordt de minister van BZK als Onze minister aangemerkt; inmiddels is deze taak overgegaan op de minister van Veiligheid en Justitie (zie Staatscourant 18 oktober 2010, nr. 16528).

112. Vgl. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 634, nr. 5, p. 14. Dat was anders in de Wet Raad voor de Transportveiligheid, *Stb.* 1998, 466, waarvan art. 40 bepaalde dat zij die zichzelf of nader omschreven verwanten door een verklaring aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling zouden blootstellen, zich kunnen verschonen van het verlenen van medewerking.

van de opsporing en vervolging van strafbare feiten dan wel een ander in de wet genoemd belang (art. 57 ROvV). De wet bepaalt expliciet dat een conclusie of aanbeveling niet een vermoeden van schuld aan of aansprakelijkheid wegens een voorval behelst (art. 61 ROvV). Tegelijk is duidelijk dat de analyse die het rapport wel moet bevatten een belangrijke onderbouwing van een vaststelling van schuld en aansprakelijkheid kan vormen.<sup>113</sup>

Het belang van het veiligheidsonderzoek zit in de aanbevelingen die de OvV doet om toekomstige ongevallen te voorkomen of de gevolgen daarvan te beperken. Dat volgt ook uit de wet. De OvV kan het onderzoek tussentijds beëindigen indien het onderzoek naar zijn oordeel geen zinvolle aanbevelingen zal opleveren (art. 62 ROvV). De urgentie van de aanbevelingen kan sterk verschillen. In een onderzoek naar een treinongeval gaf de raad aan te blijven 'bij zijn eerdere aanbeveling dat de treinen op het Nederlandse spoorwagennet moeten worden voorzien van continue automatische snelheidsbeheersing'.<sup>114</sup> Een herhaling van een eerder in de wind geslagen aanbeveling heeft in het algemeen gesproken minder urgentie dan een nieuwe aanbeveling waarvan verwacht mag worden dat zij snel zal worden opgevolgd. Een onderzoek naar aanleiding van een aanvaring tussen een snelle motorboot met een waterskiër en een zeilplank leidde tot aanbevelingen die via voorlichting en publicaties een gedragsverandering bij watersporters wilden bewerkstelligen.<sup>115</sup> Een dergelijke gedragsverandering is een zaak van lange adem. Het onderzoek naar de brand bij Chemie-Pack leidde tot de aanbeveling de kwetsbaarheid van kunststofcontainers in geval van brand onder de aandacht van de industrie te brengen; gegevens daarover waren onvoldoende bekend.<sup>116</sup> Deze aanbeveling, gericht tot een beperkte groep professionele partijen, kan eerder resultaat opleveren en komt daarmee urgenter voor. De wet houdt tot op zekere hoogte rekening met dit verschil in urgentie van aanbevelingen: de raad kan reeds tijdens het onderzoek aanbevelingen doen voor preventieve maatregelen indien dat noodzakelijk is voor onverwijld optreden om rampen en ongevallen te voorkomen (art. 63 ROvV).

### 5.3 *De verhouding tot strafrechtelijk onderzoek*

Uit de Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid wordt duidelijk dat er overleg tussen de OvV en het OM kan plaatsvinden ingeval naar aanleiding

113. Zie over de verhouding tussen het strafrechtelijke schuldoordeel en het oordeel van de OvV nader Groenhuijsen en Kooijmans 2011, p. 43 e.v.

114. Door rood op Amsterdam CS (21 mei 2004), Den Haag, juni 2005 ([www.onderzoeksraad.nl](http://www.onderzoeksraad.nl)), p. 6.

115. Raad voor de transportveiligheid, Ongeval op het Veerse Meer op 3 juli 1999 (bron: [www.onderzoeksraad.nl](http://www.onderzoeksraad.nl)), p. 40.

116. Brand bij Chemie-Pack te Moerdijk (5 januari 2011) ([www.onderzoeksraad.nl](http://www.onderzoeksraad.nl)), p. 135.

van een voorval ook ‘het opleggen van een strafrechtelijke sanctie wordt overwogen’ (art. 67 ROvV). Bij of krachtens algemene maatregel van (rijks)bestuur kunnen ten aanzien van het overleg en de coördinatie tussen de raad, het OM, de Koninklijke marechaussee, het Korps landelijke politiediensten en de regionale politiekorpsen regels worden gesteld. Meer specifiek kunnen ook regels worden gesteld omtrent het in dat kader wederzijds ter beschikking stellen van voorwerpen. De wet geeft niet aan of, en zo ja in welke gevallen, het ene onderzoek voorrang zou hebben boven het andere.

Ook het Besluit Onderzoeksraad voor Veiligheid (BOvV), dat een uitwerking geeft aan deze wetsbepaling, bevat niet een dergelijke regel. Vastgelegd wordt dat raad en OM binnen een half jaar na inwerkingtreding van de rijkswet afspraken maken over samenwerking en informatie-uitwisseling in de gevallen waarin de raad een onderzoek instelt naar een voorval en ten aanzien van hetzelfde voorval een opsporingsonderzoek wordt ingesteld. Aangegeven wordt welke onderwerpen de te maken afspraken in ieder geval omvatten. Die onderwerpen betreffen (a) de wijze waarop informatie wordt uitgewisseld over gelijktijdig lopende onderzoeken; (b) hoe wordt omgegaan met voorwerpen en documenten die van belang zijn voor de onderzoeken, het horen van personen en noodzakelijk geachte secties op lijken, (c) het wederzijds ter beschikking stellen van zaken die voor de onderzoeken van belang zijn en de teruggave van die zaken; (d) de gevallen waarin en de wijze waarop ten aanzien van onderzoeken aan voorwerpen wordt samengewerkt, en (e) de standaardprocedure die gehanteerd wordt wanneer zich een voorval daadwerkelijk voordoet en de wijze waarop geschillen worden geregeld (art. 24 BOvV).

Deze afspraken zijn neergelegd in een Afstemmingsprotocol Onderzoeksraad voor Veiligheid – Openbaar Ministerie.<sup>117</sup> Daarin wordt als vertrekpunt gekozen dat de OvV binnen het OM informeert of er een strafrechtelijk onderzoek is gestart. Al is dat geen ‘automatisme’, omdat dan het beeld zou kunnen ontstaan dat een later gestart strafrechtelijk onderzoek geïnitieerd is door dit afstemmingscontact. Dat zou, zo is de vrees, de bereidheid om voorvallen onder de aandacht van de OvV te brengen kunnen verminderen. Het afstemmingsprotocol bepaalt evenwel dat de OvV het informeren bij het OM alleen achterwege mag laten als de raad redelijkerwijs geen aanleiding heeft om te veronderstellen dat sprake is van een (voornemen tot een) strafrechtelijk onderzoek met betrekking tot het voorval.

Wat de onderzoeksactiviteiten betreft, geeft het protocol aan dat de politie zorg draagt voor een deugdelijke afzetting van de plaats van het voorval. Over het beheer van de plaats van het voorval vindt bij de aanvang van

117. Vgl. voor de inhoud daarvan de Aanwijzing afstemmingsprotocol onderzoeksraad voor de veiligheid – Openbaar Ministerie (2008A004), *Stcrt.* 2008, 48; *Stcrt.* 2012, 3649.

het onderzoek overleg plaats tussen de vertegenwoordiger van de OvV en de leider of beheerder plaats delict van de politie. Als en voor zover beide organisaties belang hebben bij de inzet van dezelfde externe instantie of deskundige(n) wordt in principe een gezamenlijke opdracht gegeven. ‘Destructief onderzoek’ vindt niet plaats dan na instemming van OvV en OM. Bij inbeslagneming is een voorrangsregeling tot stand gekomen. Als zowel het OM als de OvV een voorwerp in beslag wil nemen, verzorgt het OM de inbeslagneming en wordt de OvV in de gelegenheid gesteld het voorwerp tijdens het beslag te onderzoeken. Vrijgave van in beslag genomen voorwerpen geschiedt niet dan na overleg tussen OvV en OM.<sup>118</sup>

Uiteindelijk komt het er vooral op neer dat bij elk concreet voorval in overleg nadere afspraken worden gemaakt ‘over de inrichting van beide onderzoeken’ (art. 24 BOvV). In dat overleg worden, zo geeft het Besluit Onderzoeksraad voor Veiligheid aan, in ieder geval afspraken gemaakt over de inhoud van de te verrichten onderzoekshandelingen, de planning van deze onderzoekshandelingen in de tijd, de inbeslagneming van zaken en de instelling van een periodiek afstemmingsoverleg gedurende beide onderzoeken.

Uit deze regelingen volgt dat er mogelijkheden bestaan om één en dezelfde onderzoekshandeling in beide kaders te laten plaatsvinden (deskundigenonderzoek bijvoorbeeld). Die mogelijkheid bestaat echter niet in alle gevallen. Daarbij kan het zijn dat een onderzoekshandeling die in het kader van het onderzoek door de OvV plaatsvindt, voor het OM van belang blijkt te zijn, of omgekeerd.

Tegen die achtergrond is het van belang of, en zo ja in hoeverre, informatie die in het ene onderzoek vergaard is, in het andere onderzoek bruikbaar is. Het Wetboek van Strafvordering bevat in dat opzicht geen beperkingen. Processen-verbaal die door de politie in een strafvorderlijk onderzoek zijn opgemaakt, kunnen ook in een andere context gebruikt worden.<sup>119</sup> Andersom ligt het evenwel anders. De Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid bepaalt dat nader omschreven bronnen van informatie die de OvV ter beschikking staan in een strafrechtelijke procedure niet als bewijs kunnen worden gebruikt. Deze bronnen van informatie kunnen ook niet als bewijs worden gebruikt in een tuchtrechtelijke of civielrechtelijke procedure, en er kan ook geen disciplinaire maatregel, bestuurlijke sanctie of bestuurlijke maatregel op worden gebaseerd (art. 69 ROvV).

118. Het protocol bindt de rechter die oordeelt op beklag tegen beslag (art. 552a Sv) overigens niet. Bij diens beslissing is het strafvorderlijk belang leidend.

119. Het Afstemmingsprotocol bepaalt dat opsporingsdienst en OM aan de OvV binnen de daarvoor geldende regels kosteloos een afschrift van processen-verbaal en andere gegevens verstrekken. De wettelijke basis daarvoor is te vinden in art. 18 Wet politiegegevens en art. 4:2 Besluit politiegegevens.

Daarbij gaat het in de eerste plaats om verklaringen van personen afgelegd in het kader van het onderzoek van de raad. Een uitzondering geldt slechts als degene die de verklaring heeft afgelegd daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven. Deze regel vindt zijn achtergrond in de wens dat de OvV over zo veel mogelijk relevante informatie beschikt. De memorie van toelichting bij de ROvV acht het ‘van grote betekenis dat getuigen zich tegenover de raad vrij kunnen uitspreken. Om dit te bereiken moeten getuigen zo weinig mogelijk kans lopen dat zij door een verklaring af te leggen zichzelf of hun naaste verwanten kunnen benadelen.’<sup>120</sup> Niet bruikbaar voor het bewijs is ook in het kader van het onderzoek van de OvV vastgelegde medische of privé-informatie betreffende een persoon die betrokken is geweest bij een door de raad onderzocht voorval, tenzij de betrokken persoon daarvoor uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven.

Ook ‘met een technisch hulpmiddel vastgelegde communicatie tussen personen die betrokken zijn geweest bij het laten functioneren van een vervoermiddel’ en ‘gegevens die zijn ontleend aan een vluchtreorder, een cockpit voice recorder of een reisgegevensrecorder, gebruikt in de scheepvaart, en transcripten daarvan’, zijn als bewijsmiddel uitgesloten. De memorie van toelichting geeft aan dat deze regeling gebaseerd is op een regeling uit de Wet Raad voor de Transportveiligheid die op zijn beurt weer gebaseerd is op art. 5.12 van bijlage 13 van het Verdrag van Chicago inzake de burgerluchtvaart.<sup>121</sup> De minister herhaalt dat in een brief die naar aanleiding van een wetgevingsoverleg gestuurd wordt.<sup>122</sup> Daarin geeft hij ook een inhoudelijke onderbouwing: ‘Met de cockpit voicerecorder worden de door de bemanningsleden in de cockpit gevoerde gesprekken vastgelegd. Indien deze recorder zijn weg zou kunnen vinden naar de strafrechter zou dit het gevaar met zich brengen dat de bemanningsleden zich gehinderd voelen zich uit te spreken. Dit zou de waarde van de banden ten nadele komen en daarmee een ongunstige invloed hebben op de waarheidsvinding bij het voorvallenonderzoek’. Het gaat er bij deze uitsluitingsgrond dus om dat de bemanningsleden in de cockpit vrijuit spreken, niet tegenover de raad.

De ROvV maakt op deze bewijsuitsluitingsregel één uitzondering. Met een technisch hulpmiddel vastgelegde communicatie tussen personen die betrokken zijn geweest bij het laten functioneren van een vervoermiddel en gegevens die zijn ontleend aan een vluchtreorder, een cockpit voice recorder of een reisgegevensrecorder, gebruikt in de scheepvaart, en transcripten daarvan kunnen wel als bewijs worden gebruikt indien het een straf-

120. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 634, nr. 3, p. 9, 33. Zie voor de achtergrond en parlementaire behandeling van dit art. 69 ROvV nader Kooijmans en Simmelink 2007.

121. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 634, nr. 3, p. 33. Vgl. eerder *Kamerstukken II 1996/97*, 25 332, nr. 3, p. 12.

122. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 634, nr. 18, p. 3.

rechtelijk onderzoek betreft naar een in de wet omschreven ernstig misdrijf. Meer concreet moet het dan gaan om een gijzeling, moord, doodslag of een strafbaar feit dat wordt begaan met een terroristisch oogmerk (art. 69 lid 3 ROvV). De memorie van toelichting geeft aan waaraan gedacht is: 'Indien bijvoorbeeld uit de cockpit voice recorder zou blijken dat een vliegtuig als gevolg van een terroristische aanslag is neergestort, dient deze informatie door de politie en het openbaar ministerie gebruikt te kunnen worden'.<sup>123</sup> Deze voorvallen hebben een zodanige maatschappelijke impact dat daarvoor een uitzondering gerechtvaardigd is, zo geeft de minister in de Nota naar aanleiding van het Verslag aan.<sup>124</sup> Hij had de uitzondering ook kunnen koppelen aan de ratio van deze bewijsuitsluitingsregel. De bemanningsleden hebben zich in deze situatie niet belemmerd kunnen voelen om te spreken uit angst daarmee eigen fouten toe te geven.

Ook 'meningen, geuit in het kader van het analyseren van het onderzoeksmateriaal' kunnen niet voor het bewijs worden gebruikt. De ratio van deze uitsluitingsgrond komt niet helder uit de parlementaire behandeling naar voren. Zij raakt onderbouwde meningen van deskundigen die anders via art. 344 Sv als 'ander geschrift' bruikbaar zouden kunnen zijn als bewijsmateriaal. Zou de gedachte zijn dat deze deskundigen vrijer kunnen praten als hun mening geen directe consequenties voor personen kan hebben? Uitgesloten als bewijs zijn ten slotte 'door de raad opgestelde documenten'. De minister had het rapport dat de commissie opmaakt deels van deze regel willen uitzonderen. Een amendement van Kamerlid Van der Staaij heeft daar een stokje voor gestoken.<sup>125</sup> Daaraan ging een uitgebreide discussie vooraf waarin de minister benadrukte dat het om een volstrekt openbaar rapport gaat, en Van der Staaij daar tegenover stelde dat ook de minister volgens het wetsvoorstel wilde bepalen dat het (openbare) rapport alleen zou mogen worden gebruikt voor zover het niet was gebaseerd op informatiebronnen als hiervoor omschreven.<sup>126</sup> Hij vond dit een 'moeizame uitzonderingsformulering' en wilde haar daarom schrappen.<sup>127</sup>

De Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid laat het niet bij een opsomming van gronden voor bewijsuitsluiting. Gegevensdragers waarop materiaal is vastgelegd dat uitgesloten is van het bewijs mogen (behoudens waar

123. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 634, nr. 3, p. 34.

124. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 634, nr. 5, p. 15.

125. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 634, nr. 8.

126. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 634, nr. 17, p. 22.

127. Zie voor complicaties die door deze uitsluitingsregel kunnen rijzen de conclusie van AG Machielse bij HR 14 december 2010, ECLI:NL:HR:2013:BO2966 (derde middel) alsmede Rechtbank Arnhem 7 juni 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BQ7179. Het rapport mag wel als ontlastende informatie worden gebruikt; vgl. Kooijmans en Simmelink 2007, p. 15 en Rechtbank Zwolle-Lelystad 2 augustus 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR3930.

het gaat om ‘meningen, geuit in het kader van het analyseren van het onderzoeksmateriaal’) ook niet ‘ter inzage worden gevorderd of in beslag worden genomen’ (art. 69 lid 2 ROvV). Een uitzondering geldt bij verklaringen van personen afgelegd in het kader van het onderzoek van de OvV en bij in het kader van het onderzoek van de OvV vastgelegde medische of privé-informatie betreffende personen die betrokken zijn geweest bij een door de raad onderzocht voorval. Met toestemming van de betrokkene is inzage mogelijk, en vermoedelijk ook ‘inbeslagneming’. Die uitzondering ligt voor de hand: bij toestemming van de betrokkene zijn deze documenten ook bruikbaar voor het bewijs.

Sluitstuk van deze regeling, die probeert te voorkomen dat in het kader van het onderzoek door de OvV beschikbaar gekomen belastende informatie in andere procedures (zonder toestemming van de informatieverstreeker) wordt gebruikt, is het verbod om een onderzoeker van de OvV ter zake van een onderzoek waarbij hij betrokken is (geweest) als getuige of deskundige op te roepen (art. 69 lid 4 ROvV). Ook bevoegdheden en verplichtingen tot het doen van aangifte voor personen verbonden aan de OvV zijn ingeperkt. Regel is dat de raad, de medewerkers van het bureau, de algemeen secretaris en de overige onderzoekers geen aangifte doen van strafbare feiten waarvan zij bij de uitoefening van hun functie bij de raad kennis hebben gekregen (art. 70 ROvV). Een uitzondering wordt gemaakt voor de gevallen bedoeld in de artt. 160 en 162 Sv, en een uitzondering wordt (logischerwijs) ook gemaakt voor strafbare feiten die in het onderzoek van de OvV begaan worden, zoals meeneed.

#### 5.4 *Twee van elkaar onafhankelijke trajecten?*

De verhouding tussen het onderzoek van de OvV en het strafrechtelijk onderzoek wordt tijdens de parlementaire behandeling van de ROvV in het wetgevingsoverleg aangeroerd door het Kamerlid Cornielje (VVD). Hij refereert aan de brand in café De Hemel in Volendam, en noemt de mogelijkheid ‘dat cafébaas Veerman heeft meegewerkt met de commissie-Alders en straks met de nieuwe onderzoeksraad en dat uit het eindrapport blijkt dat deze cafébaas verantwoordelijk is of schuldig is aan zaken die wellicht strafbaar zijn’. Hij kan het ‘niet aan de mensen in Volendam en de rest van Nederland uitleggen als dat niet wordt betrokken bij het strafproces’.<sup>128</sup>

Naar aanleiding van deze stellingname van Cornielje ontspint zich een levendige discussie waarin twee zaken door elkaar lopen. De ene is in hoeverre het rapport van de OvV in strafzaken bruikbaar is; daar zal ik in de volgende subparagraaf verder op ingaan. De andere is in hoeverre het aan-

128. *Kamerstukken II 2002/03*, 28 634, nr. 17, p. 11.

vaardbaar is dat de oordelen van OvV en strafrechter uit elkaar lopen. Cornielje lijkt in de bruikbaarheid van het rapport een belangrijke waarborg te zien dat de oordelen van OvV en strafrechter niet uit elkaar gaan lopen. Dat komt minder juist voor. Maar dat doet niet af aan het belang van de vraag die hij aanroert. Hoe moet worden gedacht over de mogelijkheid dat strafrechter en OvV zich beide, in gescheiden trajecten, uitspreken over vragen die nauw verwant zijn? Cornielje maakt zich vooral zorgen over de mogelijkheid dat de oordelen van OvV en strafrechter uiteenlopen. Maar ook als beide oordelen uiteindelijk wel op elkaar aansluiten kan men aarzelingen hebben bij een dubbel onderzoek. Het kan voor betrokkenen belastend zijn dat de feiten twee keer, door verschillende instanties, worden onderzocht. Mag dat bij de te nemen beslissingen een rol spelen?

Het wettelijk kader wekt de indruk dat het onderzoek van de OvV en het strafrechtelijk onderzoek twee gescheiden circuits zijn. De beslissing van de OvV om een onderzoek te beginnen enerzijds en de beslissing van het OM om een strafvervolgning te beginnen anderzijds staan los van elkaar. Er zijn naar mijn mening echter goede redenen om bij het opportuiniteitsoordeel dat aan het instellen van een strafrechtelijk onderzoek voorafgaat en bij keuzes in het kader van de vervolging mede te betrekken of de OvV een onderzoek instelt.

Die redenen doen zich gevoelen waar het verwijt dat de betrokkene gemaakt kan worden relatief gering is. Zo'n geval was aan de orde in Hof Amsterdam 29 september 1977, *NJ* 1978/584. Daarin stond een treinongeval centraal dat zich op 8 augustus 1975 had afgespeeld op Amsterdam CS. Het Hof kwam tot de conclusie dat de verdachte onachtzaam en onoplettend was geweest, maar overwoog ook dat een aantal omstandigheden (waaronder de buitengewone hoge temperatuur die dag en de felle zon die schuin van links de cabine in scheen) meebrachten dat de verdachte niet hoogst onachtzaam en onoplettend was geweest. De verdachte werd tot een boete van tweehonderdenvijftig gulden veroordeeld.

In een dergelijke situatie kan thans ook een onderzoek door de OvV plaatsvinden. In een rapport van juli 2005 analyseert de OvV een treinongeval waarbij de machinist op 21 mei 2004 door rood was gereden op Amsterdam CS.<sup>129</sup> Het tweede hoofdstuk geeft aan wat de toedracht van het ongeval is geweest. Een machinist met beperkte bevoegdheid was met een dubbeldekstrein ten onrechte niet gestopt voor een rood sein. Zo kwam hij op het spoor dat ook bereden werd door een inkomende intercity, met een botsing als gevolg. Ook dit rapport maakt duidelijk wie de fout heeft gemaakt. Zelfs een verzachtende omstandigheid is meegenomen: een

129. Door rood gereden, 21 mei 2004, Centraal Station Amsterdam, te vinden op [www.onderzoeksraad.nl](http://www.onderzoeksraad.nl).

machinist met beperkte bevoegdheid is een machinist in opleiding. Aan het onderzoek zijn aanbevelingen gekoppeld waarin de minister van Verkeer en Waterstaat (onder meer) wordt opgeroepen om ‘te werken aan een vernieuwd Europees ATB-systeem voor de lange termijn’.

Goed voorstelbaar lijkt mij dat dagvaarding voor de strafrechter in dergelijke zaken voortaan achterwege blijft als de OvV een onderzoek instelt en rapport uitbrengt. Waarheidsvinding op een openbare terechtzitting dient dan nog maar een beperkt doel, en bij een betrekkelijk geringe schuld mag zwaar wegen dat het onderzoek van de OvV ook al een belasting is voor de betrokkene.

Waar het de beslissing tot het instellen van een onderzoek door de OvV betreft, is minder goed denkbaar dat veel belang wordt gehecht aan het ingesteld zijn van een strafrechtelijk onderzoek. Centraal staat of het onderzoek door de OvV kan leiden tot zinnige aanbevelingen.<sup>130</sup> Maar het instellen van een strafrechtelijk onderzoek kan wel gevolgen hebben voor de wijze waarop de OvV zijn onderzoek uitvoert en kan, naar het mij voorkomt, ook relevant zijn voor het tijdstip waarop hij rapporteert. Bij een dubbel onderzoek moet het streven er op gericht zijn de belangen die bij beide vormen van onderzoek op het spel staan zo goed mogelijk tot hun recht te laten komen. Dat pleit er in veel gevallen voor dat de OvV zo veel mogelijk op het strafrechtelijk onderzoek voortbouwt. En het kan er voor pleiten dat de OvV zijn rapport pas uitbrengt nadat de strafrechter vonnis heeft gewezen.

Een praktisch argument voor het voortbouwen op strafrechtelijk onderzoek is dat de OvV veel minder mankracht en budget heeft dan OM en politie.<sup>131</sup> Een strafvorderlijk bewijsmateriaal kan zonder belemmeringen door de OvV gebruikt worden. Ook de functie die de rapporten van de OvV hebben, maakt het voor de hand liggend om bij het strafvorderlijk onderzoek aan te sluiten. De analyse van het voorval is geen doel op zich. Het belang is gelegen in de aanbevelingen die de OvV doet. Die aanbevelingen kunnen zeer urgent zijn; de wet maakt het in dat geval mogelijk deze aanbevelingen reeds tijdens het onderzoek door de OvV bekend te maken (art. 63 ROvV). In andere gevallen zijn de aanbevelingen minder urgent. In dat geval kunnen de aanbevelingen, en zeker de daaraan ten grondslag liggende analyse, ook na de uitspraak van de rechtbank bekend worden gemaakt. Een voordeel daarvan is dat de raad bij de analyse van de toedracht van het voorval rekening kan houden met het vonnis van de rechtbank. Aan de belangen van opsporing en vervolging kan niet tekort worden

130. Zie voor een geval waarin de OvV tegen deze achtergrond geen onderzoek instelde de beslissing Pont overvaren door vrachtschip, Breukelen, 22 oktober 2010.

131. Daar komt nog bij dat in het strafrecht ingrijpende(r) bevoegdheden beschikbaar zijn (vgl. Groenhuijsen en Kooijmans 2011, p. 6).

gedaan als de raad zich baseert op informatie die in het strafvonnis verwerkt is. En in het geval de strafzaak niet op een veroordeling is uitgelopen, kan de raad zijn woorden zo kiezen dat de vaststelling van een oorzaak niet zonder noodzaak twijfels oproept aan de juistheid van een strafrechtelijke vrijspraak.

Tegelijk kunnen strafvorderlijke belangen er bij gebaat zijn dat de OvV voortbouwt op strafrechtelijk onderzoek en niet zelfstandig bepaalde onderzoekshandelingen uitvoert. Zo kan het van belang zijn om in een strafrechtelijk verhoor vast te stellen of de verdachte over specifieke informatie beschikt die hij niet langs andere weg verkregen kan hebben. Ook kan de wijze van vraagstelling in een strafvorderlijk verhoor in sommige gevallen antwoorden genereren die niet verkregen worden als dezelfde vragen al eens gesteld zijn. Strafvorderlijke belangen kunnen er ook bij gebaat zijn dat de OvV niet rapporteert voordat de strafrechter vonnis heeft gewezen. In het licht van de onschuldpresumptie zijn aan het strafproces voorafgaande oordelen van overheidsinstanties die materieel een schuldvaststelling inhouden in het algemeen gesproken onwenselijk.<sup>132</sup> De OvV is daarbij niet alleen een overheidsorgaan; de raad valt tegenwoordig zelfs onder het ministerie van Veiligheid en Justitie. Verder hebben de bij het voorval betrokkenen een groot belang bij het strafproces. Voor de verdachte geldt dat in het strafproces wordt vastgesteld of hij schuldig is aan een strafbaar feit, en dat hem bij schuldigverklaring een straf kan worden opgelegd. Voor de slachtoffers geldt dat zij in het strafproces kunnen proberen hun schade vergoed te krijgen, en dat daarin de schuld van verdachte(n) vastgesteld kan worden. Voor deze procesdeelnemers maar ook voor het vertrouwen in de strafrechtspraak is het onwenselijk dat een rapport van de OvV (met een oordeel over een causaal verband) verwachtingen wekt inzake de uitkomst van de strafzaak die later niet worden gehonoreerd.

Tegen deze achtergrond komt het mij wenselijk voor dat er overleg plaatsvindt met het OM in gevallen waarin de OvV het rapport openbaar wil maken voordat de strafrechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan. Het OM zou openbaarmaking van het volledige rapport (niet de aanbevelingen!) tot na die uitspraak moeten kunnen tegenhouden.<sup>133</sup> Een dergelij-

132. Vgl. ook Groenhuijsen en Kooijmans 2011, p. 70, die het als een probleem zien dat 'in voorkomende gevallen de indruk kan ontstaan dat de OvV met zijn conclusies op de stoel van de rechter heeft plaatsgenomen'. Zie ter illustratie Gerechtshof Arnhem 1 juni 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7255, waarin het Hof het niet eens is met een oordeel van de OvV.

133. Groenhuijsen en Kooijmans 2011 noemen als mogelijke oplossing dat de OvV in elk rapport een disclaimer opneemt met als strekking dat hij zich niet richt op de schuldvraag (p. 70). In de voorgestelde werkwijze zou een dergelijke disclaimer vooral bij eerdere openbaarmaking van het rapport van de OvV van belang kunnen zijn. Een rapport dat het rechterlijk oordeel volgt zal niet de indruk wekken dat de OvV op de stoel van de rechter is gaan zitten.

ke regel zou in het afstemmingsconvenant tussen OM en OvV neergelegd kunnen worden. De minister van Veiligheid en Justitie, onder wie OM en OvV ressorteren, zou dat kunnen bevorderen en bij verschil van mening een rol kunnen spelen.

### 5.5 *De uitsluiting van bewijsmateriaal*

De discussie die naar aanleiding van de opmerkingen van Tweede Kamerlid Cornielje ontstond, betrof ook de uitsluiting van bewijsmateriaal. Cornielje refereerde aan de mogelijkheid dat de persoon die verantwoordelijk is voor een ramp en meewerkt met de onderzoeksraad door de strafrechter moet worden vrijgesproken omdat de tegenover de OvV afgelegde verklaringen in de strafzaak niet voor het bewijs mogen worden gebruikt. Dat resultaat is inderdaad lastig uit te leggen.

De uitsluiting voor het bewijs van verklaringen die tegenover de OvV zijn afgelegd vindt zijn achtergrond, zo bleek eerder, in de wens dat de OvV over zo veel mogelijk relevante informatie beschikt. De prijs die daarvoor in het strafproces betaald moet worden kan echter hoog zijn. De memorie van toelichting bij de ROvV noemde nog een tweede argument voor de regels die bewijsuitsluiting tot gevolg hebben: 'Met het onderhavige artikel wordt ook voldaan aan het zgn. Saundersarrest (...) waarin is uitgemaakt dat uit het EVRM-verdrag voortvloeit dat een verklaring die onder dwang van bijvoorbeeld strafbedreiging is verkregen, niet in een strafproces als bewijs mag worden gebruikt tegen degene die de verklaring heeft afgelegd.'<sup>134</sup> Die redenering laat zich echter ook omdraaien. Als het onwenselijk wordt gevonden dat personen die in een strafproces als verdachte terecht moeten staan tegenover de OvV verklaringen afleggen die in dat strafproces buiten beschouwing moeten blijven, pleit dat ervoor om deze personen in het onderzoek van de OvV niet tot medewerking te verplichten.

Een dergelijke uitzondering op de plicht tot medewerking was nog wel opgenomen in de Wet Raad voor de Transportveiligheid.<sup>135</sup> Daarin was bepaald dat zij die zichzelf of een nader omschreven verwant door medewerking aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling of een nadelige civielrechtelijke uitspraak zouden blootstellen, zich daarvan kunnen verschonen (art. 54). Het is in zekere zin opmerkelijk dat er juist in de Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid, die een veel bredere reikwijdte kent, voor is gekozen dit uitgangspunt over de hele linie los te laten. Het risico dat de OvV voorvallen moet onderzoeken die het gevolg zijn van ernstige strafbare feiten is veel groter.

134. *Kamerstukken II* 2002/03, 28 634, nr. 3, p. 34.

135. Wet van 1 juli 1998, *Stb.* 1998, 466.

De memorie van toelichting bij de Rijkswet Ongevallenraad voor Veiligheid verwijst bij de regels inzake bewijsuitsluiting naar bijlage 13 van het Verdrag van Chicago inzake de burgerluchtvaart. Ook bij de introductie van de voorganger van art. 69 ROvV, die te vinden was in art. 74 Wet Raad voor de Transportveiligheid, werd naar deze bijlage verwezen, en naar de zogenaamde IMO-Code.<sup>136</sup> Dwingen internationale rechtsinstrumenten tot een royale uitsluiting van bewijsmateriaal dat in het kader van het onderzoek van de OvV beschikbaar komt?

Met Groenhuijsen, Kooijmans en Simmelink meen ik dat dit niet het geval is. Kooijmans en Simmelink bespraken in 2007 de betreffende bepalingen van de IMO-code en bijlage 13. Uit die bepalingen blijkt dat informatie verkregen in het kader van het ongevalsonderzoek gebruikt kan worden als met openbaarmaking gemoeide belangen zwaarder wegen dan de gevolgen voor toekomstig ongevalsonderzoek.<sup>137</sup> Groenhuijsen en Kooijmans bevestigden die stand van zaken in 2011.<sup>138</sup> Zij bespraken voorts het kader dat in de Verordening inzake onderzoek en preventie van ongevallen en incidenten in de burgerluchtvaart is opgenomen.<sup>139</sup> Deze verordening houdt, blijkens de aan de artikelen voorafgaande overwegingen, rekening met (bijlage 13 van) het Verdrag van Chicago (ov. 5, 6). Tegelijk wordt voorop gesteld dat bij een ongeval verschillende openbare belangen aan de orde zijn, 'zoals de preventie van toekomstige ongevallen en een behoorlijke rechtsbedeling. Deze belangen overstijgen de individuele belangen van de betrokken partijen alsook het specifieke voorval. Om het algemene openbaar belang te beschermen is een juist evenwicht nodig tussen alle belangen' (ov. 23).

Die gedachte van een belangenafweging is terug te vinden in de regeling inzake 'bescherming van gevoelige veiligheidsinformatie' (art. 14 Vo). Daarin wordt als hoofdregel voorop gesteld dat een aantal nader omschreven geregistreerde gegevens niet openbaar mogen worden gemaakt, noch gebruikt voor andere doeleinden dan het veiligheidsonderzoek. Genoemd worden (onder meer) alle verklaringen die personen tijdens het veiligheidsonderzoek hebben afgelegd tegenover de veiligheidsonderzoeksinstantie, bijzonder gevoelige of persoonlijke informatie die door de veiligheidsonderzoeksinstantie is verzameld, zoals informatie over de gezondheid van personen, materiaal dat tijdens de loop van het onderzoek is verzameld, en stem- en beeldopnamen uit de cockpit en transcripten daarvan. Deze regel kent echter een uitzondering. De 'gerechtelijke instantie of de

136. Vgl. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 332; d.i. is de Code for the Investigation of Marine Casualties and Incidents.

137. Kooijmans en Simmelink 2007, p. 7-8.

138. Groenhuijsen en Kooijmans 2011, p. 16-17; p. 27-28.

139. Verordening (EU) nr. 996/2010 van 20 oktober 2010 inzake onderzoek en preventie van ongevallen en incidenten in de burgerluchtvaart, *PbEU L* 295/35 van 12 november 2010.

instantie die bevoegd is voor het nemen van een besluit over de openbaarmaking van opnamen volgens de nationale wetgeving' kan namelijk beslissen dat de openbaarmaking van deze gegevens 'om andere wettelijke redenen zwaarder weegt dan de negatieve binnenlandse en internationale gevolgen die deze openbaarmaking kan hebben voor het onderzoek in kwestie of een toekomstig veiligheidsonderzoek'. Voorts kan toezending van deze gegevens plaatsvinden aan een andere lidstaat 'voor andere doeleinden dan een veiligheidsonderzoek' voor zover de nationale wetgeving van de met elkaar communicerende lidstaten dat toestaat. Daaruit kan worden afgeleid dat in uitzonderingsgevallen niet alleen openbaarmaking maar ook gebruik voor andere (waaronder strafvorderlijke) doeleinden is toegestaan, na een zorgvuldige procedure. Als in de loop van het veiligheidsonderzoek bekend of vermoed wordt dat het ongeval of ernstig incident mede te wijten was aan een wederrechtelijke daad naar nationaal recht, verplicht art. 12 lid 2 Verordening de onderzoeker er zelfs toe de bevoegde instanties daar onmiddellijk van in kennis te stellen.<sup>140</sup>

Maar zelfs als internationale regelgeving op een bijzonder terrein (ooit) wel zou verplichten tot de absolute vorm van bewijsuitsluiting die de ROvV kent, is daarmee nog niet gezegd dat het in de rede ligt deze regels bij elke vorm van onderzoek door de OvV te hanteren. Cornielje maakte zijn opmerkingen naar aanleiding van de brand in café De Hemel in Volendam. Vertrekpunt moet zijn of bewijsuitsluiting bij dat soort ernstige crises tot aansprekende resultaten leidt.

## 5.6 *Afronding*

Voor de rol die het strafrecht bij crises kan vervullen schuilt er een bedreiging in de aannames die aan de tot bewijsuitsluiting strekkende regels in de ROvV ten grondslag liggen. Dat is in de eerste plaats de aanname dat alleen bij een zo rigoureuze inperking van strafrechtelijke risico's een adequaat onderzoek naar oorzaken van crises mogelijk is. En dat is in de tweede plaats de aanname dat de opbrengsten van een dergelijk onderzoek per definitie prevaleren boven een rechtvaardige uitkomst van een strafproces.

Naar het mij voorkomt behoeven regels die deugdelijke informatie in strafzaken als bewijsmateriaal uitsluiten een stevige grondslag, en dient de reikwijdte van dergelijke regels niet ruimer te zijn dan strikt noodzakelijk. Een onderzoek door de OvV is duidelijk wat anders dan een parlementaire enquête, waar ook een regel geldt die afgelegde verklaringen in andere context als bewijsmiddel uitsluit.<sup>141</sup> Dat een keuze om in het kader van

140. Vgl. over beide bepalingen ook Groenhuijsen en Kooijmans 2011, p. 23-25. Hun bevindingen ten aanzien van enkele andere rechtsinstrumenten liggen in dezelfde lijn (p. 26, 29-31).

141. Vgl. art. 30 Wet op de parlementaire enquête.

ongevalsonderzoek verkregen informatie rigoureuus als bewijs uit te sluiten ver gaat, blijkt ook uit de internationale rechtsinstrumenten op dit terrein. Die gaan uit van de gedachte van een belangenafweging.

De gedachte van een belangenafweging zou naar mijn mening ook in de ROvV het uitgangspunt moeten zijn. De beslissing of informatie die de OvV heeft vergaard ook voor de strafvordering beschikbaar dient te komen, kan worden toevertrouwd aan de rechter. Te denken valt aan de rechter-commissaris in strafzaken.<sup>142</sup> En ook de bepalingen die het onderzoek door de OvV betreffen zouden naar het mij voorkomt meer rekening moeten houden met de mogelijkheid van een strafrechtelijk onderzoek. Regel zou (weer) kunnen zijn dat de verdachte tegenover de OvV niet verplicht is tot antwoorden. Die regel sluit aan bij de inrichting van het onderzoek die voor het geval van een dubbel onderzoek werd bepleit. Als de tegenover de OvV afgelegde verklaring in beginsel bruikbaar is voor het bewijs in strafzaken, vervalt een reden voor de OvV om de verdachte zelf te horen. Het horen van de verdachte door de OvV kan dan vooral aanvullende betekenis hebben.

Aan de belangen die de OvV dient, kan in een dergelijk stelsel tegemoet worden gekomen door een nauw begrensde uitzondering te maken op de regel dat de tegenover de raad afgelegde verklaringen in beginsel ook in een andere context bruikbaar zijn. Die uitzondering zou de gevallen kunnen betreffen waarin de betrokkene uitsluitend met een strafrechtelijke en/of civielrechtelijke vrijwaring bereid is opening van zaken te geven, en waarin de OvV goede reden heeft om te verwachten dat deze verklaring haar in staat zal stellen belangrijke aanbevelingen te doen. Het al dan niet verstrekken van een (strafrechtelijke) vrijwaring zou aan de rechter-commissaris in strafzaken kunnen worden toevertrouwd. Deze rechter-commissaris moet ook in ander kader belangen afwegen die in verschillende onderzoeken spelen.<sup>143</sup>

## **6. Samenvatting en conclusie**

Het strafrecht vervult in relatie tot crises twee belangrijke functies. Het kan er aan bijdragen dat een crisis wordt voorkomen. En het maakt het mogelijk dat gedragingen die tot een crisis hebben geleid of deze hebben verergerd worden bestraft. Het straf(proces)recht kan deze functies alleen adequaat vervullen als het daar voldoende op is toegesneden. In verband met het voorkomen van crises zijn strafbaarstellingen van voorbereiding van

142. Vgl. art. 11.26 Wet Luchtvaart, waar is geregeld dat gegevens die bij een intern bedrijfsveiligheidsonderzoek zijn verkregen onder de daar omschreven omstandigheden na machtiging van de rechter-commissaris kunnen worden gevorderd.

143. Vgl. de regeling van de kroongetuige (art. 226g e.v. Sv).

wezenlijk belang. De afgelopen jaren zijn veel nieuwe strafbaarstellingen van voorbereiding tot stand gekomen en bestaande verruimd. Deze wetswijzigingen zijn evenwel in belangrijke mate door concrete incidenten en voorbeelden gestuurd. Het resultaat is een ratjetoe aan strafbaarstellingen dat niet op alle strafbare gedragingen die crises tot gevolg kunnen hebben is toegesneden. Het is naar mijn mening tijd om een volgende stap te zetten en een ruimere algemene strafbaarstelling van voorbereiding in te voeren.

Op strafprocesueel terrein is van belang dat de toedeling van bevoegdheden adequate mogelijkheden biedt tot opsporing van strafbare feiten die tot crises kunnen leiden. Het wettelijk opsporingsbegrip is daarvoor niet (langer) een belemmering. Sterker: de invoering van bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven drukt uit dat de wetgever de ambitie heeft om in het kader van de opsporing de bevoegdheden te regelen waarvan de toepassing het nemen van strafvorderlijke beslissingen tot doel heeft, en die toepassing onder gezag van de officier van justitie te stellen. Een nieuwe uitdaging op dit terrein doemt op bij de opsporing van cybercrime.

Maar het strafrecht vervult zijn rol in verband met crises niet in een isolement. De straf is een instrument naast andere, in het orkest van de rechtshandhaving.<sup>144</sup> En het concert wordt beter als de partituren op elkaar zijn afgestemd. In dat licht valt het op dat het geldend recht andere dan strafvorderlijke overheidsorganen vrijwel nergens vraagt of opdraagt om bij de uitoefening van de eigen taak rekening te houden met genomen of te nemen strafrechtelijke beslissingen. Wat genomen strafrechtelijke beslissingen betreft: de wet verbindt aan een strafrechtelijke veroordeling wegens handelen in strijd met vergunningsvoorschriften zelden of nooit gevolgen voor die vergunning. Wat te nemen strafrechtelijke beslissingen betreft: geen rechtsregel dwingt ertoe de strafvorderlijke bruikbaarheid van te vergaren informatie bij toepassing van bevoegdheden in een ander kader in de afweging te betrekken. Bij onderzoek door de OvV is tot op zekere hoogte zelfs een stap in de tegenovergestelde richting gezet door alle resultaten van dat onderzoek in beginsel als strafvorderlijk bewijs uit te sluiten.

Naar mijn mening moet deze verkokerde benadering worden verlaten. De wet zou aan een strafrechtelijke veroordeling wegens handelen in strijd met vergunningsvoorschriften in meer gevallen gevolgen voor de vergunning dienen te verbinden. Aan het OM en de strafrechter zou de bevoegdheid kunnen worden gegeven om tot toepassing van een bestuurlijke maatregel te adviseren. Aan toepassing van ingrijpende bevoegdheden door de AIVD zou een afweging vooraf moeten gaan waarin het alternatief van toe-

144. Naar Van Veen 1969 (vgl. p. 8).

passing van strafvorderlijke bevoegdheden nadrukkelijk is betrokken. Het OM dient in geval de aangifteplicht in een gevaarlijke situatie niet is nageleefd, te kunnen bewerkstelligen dat de aanwijzing als toezichthouder wordt ingetrokken. Regel moet zijn dat door de OvV vergaarde informatie na een belangenafweging door de rechter beschikbaar kan komen in het strafproces. En het OM zou, waar dat in de rede ligt, moeten kunnen tegenhouden dat de OvV zijn rapport openbaar maakt voordat de berechting van de strafzaak in eerste aanleg is afgerond.

Veel van deze voorstellen maken inbreuk op bestaande machtsverhoudingen; het lot van deze voorstellen is alleen om die reden al onzeker. Maar een onder juristen veel bekritiseerde wijziging van het departementale landschap heeft de kansen op verwezenlijking misschien wel enigszins vergroot. Een minister die over Veiligheid en Justitie gaat en het verband tussen beide op waarde weet te schatten, verkeert in een uitstekende positie om de realisatie te bevorderen.

## **Literatuurlijst**

### **Antiterrorismemaatregelen 2011**

Rijksoverheid, *Antiterrorismemaatregelen in Nederland in het eerste decennium van de 21<sup>e</sup> eeuw. Over totstandkoming, toepassing, beoordeling en aanpassing van antiterrorismemaatregelen in Nederland 2001-2010*, Den Haag 2011.

### **Beijen e.a. 2012**

B.A. Beijen (red.), *Hoofddlijnen milieubestursrecht*, tweede druk, Den Haag: BJu 2012.

### **Biezeveld en Stoové 2011**

G.A. Biezeveld en M.C. Stoové, 'Naar een Nederlandse omgevingsautoriteit. Een pleidooi voor onafhankelijk milieutoezicht', in: *Tijdschrift voor Toezicht* 2011 (2) 3, p. 9-33

### **Blok 1921**

P.R. Blok, *Wet van den 28sten Juli 1920 (Staatsblad No. 619) houdende nadere voorzieningen tot bestrijding van revolutionaire woelingen. Eenige aantekeningen omtrent de beteekenis van hare bepalingen*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1921.

### **Blomberg 2000**

A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht (diss. VU)*, Den Haag: BJu 2000.

**Borgers 2007**

M.J. Borgers, *De vlucht naar voren*, Den Haag: BJu 2007.

**Buruma en Muller 2003**

Y. Buruma en E.R. Muller, 'De Wet terroristische misdrijven in perspectief', *NJB* 2003, p. 2138-2145.

**Buruma 2005**

Y. Buruma, *De dreigingsspiraal*, Den Haag: BJu 2005.

**Buruma 2013**

Y. Buruma, 'Roekeloosheid', p. 33-46 in J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht* (liber amicorum Ad Machielse), Deventer: Kluwer 2013.

**Commissie Dessens 2013**

Commissie evaluatie Wiv 2002, *Evaluatie Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002. Naar een nieuwe balans tussen bevoegdheden en waarborgen*, 2013 ([www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl)).

**De Hullu, Koopmans en De Roos 1999**

J. de Hullu, I.M. Koopmans en Th. De Roos, *Het wettelijk strafmaximum. Een onderzoek naar het patroon van strafmaxima in het commune en het bijzondere strafrecht*, Deventer: Gouda Quint b.v. 1999.

**De Hullu 2011**

J. de Hullu, 'Op zoek naar begrenzingen van strafrechtelijke aansprakelijkheid', p. 271-285 in: P.H.P.H.M.C van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht* (liber amicorum Ybo Buruma), Deventer: Kluwer 2011.

**De Hullu 2012**

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012.

**De Jong 1992**

D.H. de Jong, 'Vorbereidingshandelingen in het algemeen deel: een slag in de lucht', *DD* 1992, p. 36-57.

**De Ridder, Schol en Struiksma 2009**

J. de Ridder, M.J. Schol en N. Struiksma, *Grip op milieuzaken. Evaluatie van de strafrechtelijke milieuhandhaving*, Groningen, WODC 2009.

**De Waard 1976**

R. de Waard, 'Welke wetwijzigingen zijn wenselijk met betrekking tot activisme en in groter verband begane delicten?', p. 261-362 in: *Handelingen 1976 der Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 1*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

**Gritter, Knigge en Kwakman 2005**

E. Gritter, G. Knigge en N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling. Een onderzoek naar de wenselijkheid de Wet op de economische delicten te herzien*, WODC reeks onderzoek en beleid nr. 234, BJu 2005.

**Groenhuijsen en Kooijmans 2011**

M.S. Groenhuijsen en T. Kooijmans, *Het onafhankelijk onderzoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid en het strafrechtelijk onderzoek*, Tilburg 2011.

**Hendriks 2010**

L.E.M. Hendriks, *Milieustrafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**Hollander 1952**

F. Hollander, *Wet op de economische delicten*, Arnhem: S. Gouda Quint, D. Brouwer & Zoon 1952

**Keulen 1995**

B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

**Keulen 2006**

B.F. Keulen, 'Twee keer geel is rood. Enkele opmerkingen over het –sterk gewijzigde wetsvoorstel puntenstelsel rijbewijzen', *Verkeersrecht* 2006, p. 363-366.

**Keulen 2009a**

B.F. Keulen, 'Grenzen aan de strafbare voorbereiding', in: *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, p. 46-76.

**Keulen 2009b**

B.F. Keulen, 'Over voetbal, voorbereiding en samenspanning', *NJB* 2009, p. 1897-1901.

**Keulen 2011**

B.F. Keulen. 'Prutswetgeving', p. 323-334 in P.H.P.H.M.C van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht* (liber amicorum Ybo Buruma), Deventer: Kluwer 2011.

**Knigge en Kwakman 2001**

G. Knigge en N.J.M. Kwakman, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', p. 125-347 in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, *Het Vooronderzoek in Strafzaken*, Tweede Interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer: Gouda Quint 2001.

**Kooijmans en Simmelink 2007**

T. Kooijmans en J.B.H.M. Simmelink, *De verhouding tussen het strafrechtelijk onderzoek en het onderzoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid*, Tilburg 2007.

**Koops en De Roos 2007**

B.J. Koops en Th. De Roos, 'Materieel strafrecht en ICT', p. 23-75 in: B.J. Koops (red.), *Strafrecht en ICT*, tweede herziene druk, Den Haag: SDU 2007.

**Krips 2007**

F. Krips, 'Nieuwe strafwetgeving in vijf woelige jaren van anti-terrorismebeleid', p. 179-190 in: *Buitengewoon in dienst. Een decennium wetgeving. Liber amicorum G.N. Roes*, 's Gravenhage, Sdu Uitgevers BV 2007.

**Krips 2009**

F. Krips, 'Staatsgeheimen en het strafproces', p. 129-194 in *Preadviezen 2009, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**Kwakman 2013**

N.J.M. Kwakman, *Terrorismebestrijding*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2013.

**Lintz 2007**

J.M. Lintz, *De plaats van de Wet terroristische misdrijven in het materiële strafrecht*, Nijmegen: WLP 2007.

**Mols 1982**

G.P.M.F. Mols, *Strafbare samenspanning. Een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

**Mulder 1976**

G.E. Mulder, 'Bestrafing, bestrijding, berechting. Enkele gedachten over de bestrijding van het terrorisme door middel van het strafrecht', in: *Terreur*, Utrecht: Ars Aequi libri 1976.

**Noyon/Langemeijer/Remmelink**

T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, voortgezet door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse, zevende druk, Deventer (losbladig).

**Rutgers 1992**

M. Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, Arnhem: Gouda Quint 1992.

**Smidt I, II**

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen etc.*, eerste resp. tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881.

**Struiksma, De Ridder en Winter 2007**

N. Struiksma, J. de Ridder en H.B. Winter, *De effectiviteit van bestuurlijke en strafrechtelijke milieuhandhaving*, WODC-reeks Onderzoek en beleid deel 253, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

**Ten Voorde 2012**

J.M. ten Voorde, 'Aanzetten tot criteria voor strafbaarstelling in de voorfase', in: *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek*, red. C.P.M. Cleiren e.a., Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

**Uylenburg en Visser 2006**

R. Uylenburg en M.J.C. Visser, 'Handhaving van milieurecht', in: Ch.W. Backes, P.C. Gilhuis, N.S.J. Koeman (red.), *Milieurecht*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2006, p. 262-307.

**Van der Woude 2010**

M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland gezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context* (diss. Leiden), Den Haag: BJu 2010.

**Van Kempen en Van de Voort 2010**

P.H.P.H.M.C. van Kempen en J. van de Voort, *Nederlandse antiterrorismeregelgeving getoetst aan fundamentele rechten. Een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM*, WODC 2010.

**Van Veen 1969**

Th.W. van Veen, *De straf als instrument*, Assen: Van Gorcum 1969.

**Van Veen 1973**

Th.W. van Veen, 'Mislukte uitlokking tot medeplichtigheid niet strafbaar?', *DD* 1973, p. 30-37.

**Van Veen 1995**

Th.W. van Veen, 'Art. 46 e.v.; de gaten in de kaas', *DD* 1995, p 366-376.

**Vellinga 2012**

W.H. Vellinga, 'Van mate van schuld: over ondergrens (en bovengrens) van de culpa in het Nederlandse strafrecht', p. 141-197 in: *Preadviezen 2012, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

**Wijne 1999**

J.S. Wijne, *De 'vergissing' van Troelstra*, Hilversum: Verloren 1999.



# *Recht in nood*

---

H.R.B.M. Kummeling\*

---

## **Inhoudsopgave**

<b>1.</b>	<b>Inleiding</b>	265
<b>2.</b>	<b>Terminologie: nood en noodrecht</b>	266
<b>3.</b>	<b>Grenzen aan noodrecht</b>	268
3.1	<i>Tijdelijkheid</i>	268
3.2	<i>Proportionaliteit en subsidiariteit</i>	269
3.3	<i>Bepaalde grondrechten blijven onaantastbaar</i>	271
3.4	<i>Spoedige betrokkenheid volksvertegenwoordiging</i>	274
<b>4.</b>	<b>Noodrecht in vogelvlucht</b>	275
4.1	<i>Internationaal en Europees recht</i>	276
4.2	<i>Constitutioneel noodrecht</i>	277
4.2.1	<i>‘Verklarings’-noodrecht</i>	277
4.2.1.1	Statuut	277
4.2.1.2	Grondwet en onderliggende wetgeving	278
4.2.1.3	Vormvrij noodrecht	280
4.3	<i>Conclusies</i>	281
<b>5.</b>	<b>Sluipend noodrecht?</b>	282
5.1	<i>Openbare orde en veiligheid</i>	282
5.2	<i>Terrorismebestrijding</i>	284
5.3	<i>Financiële crisis</i>	287
5.4	<i>Conclusies</i>	291
<b>6.</b>	<b>Wijziging van de Grondwet</b>	292
<b>7.</b>	<b>Slotbeschouwing</b>	298
	<b>Verkort aangehaalde literatuur</b>	299

\* Henk Kummeling is hoogleraar staatsrecht en vergelijkend staatsrecht aan de Universiteit Utrecht.



## 1. Inleiding<sup>1</sup>

Noodrecht is nodig. De instituties van de democratische rechtsstaat zijn tot het opvangen en verwerken van vele problemen in staat, maar op gezette tijden blijkt dat er dusdanig onverwachte crises kunnen ontstaan dat deze met het normale, geldende recht niet kunnen worden opgelost. Met name de gebruikelijke bevoegdhedenpatronen moeten dan worden doorbroken, maar ook rechten worden ingeperkt om de zich aandienende problemen feitelijk te kunnen aanpakken. Daarbij treedt een fundamentele spanning op. Enerzijds dienen deze maatregelen erop gericht te zijn dat de feitelijke orde en de rechtsorde weer zo snel als mogelijk is normaal kan functioneren. Anderzijds wordt met gebruik van noodrecht de normale rechtsorde aangetast. Om zoveel mogelijk binnen de grenzen van de democratische rechtsstaat te opereren, en met name om het daarbinnen vigerende legaliteitsbeginsel te respecteren, is er ook in Nederland de nodige wetgeving tot stand gebracht die het optreden van overheden in tijden van nood een wettelijk basis verschaft. Aangezien men zich in het algemeen alleen maar goed kan voorbereiden op crises die al een keer hebben plaatsgevonden, en de leidende gedachte is dat ook voor de onvoorziene gevallen het recht een basis voor het overheidsoptreden dient te geven, wordt algemeen geaccepteerd dat er een regel geldt die luidt “nood breekt wet”. En aangezien deze regel niet gecodificeerd is, wordt hier gesproken van ongeschreven staatsnoodrecht.

Het grondwettelijk kader voor het huidige staatsnoodrecht stamt uit 1983. Met Brainich von Brainich Felth kan men het eens zijn dat de desbetreffende grondwettelijke bepaling (art. 103) en de daarop gebaseerde wetgeving nog erg de geest ademen van de Koude Oorlog.<sup>2</sup> Nu de spanningen van deze periode (grotendeels) zijn verdwenen, en de wereld sindsdien is geconfronteerd met crises van hele andere aard, met name terroristische dreigingen van een ongekende omvang en een diepgaande financiële crisis, is het de vraag of ons stelsel van staatsnoodrecht nog wel adequaat is. In het navolgende zal ik het beschrijven en van de nodige kritiek voorzien. Ook zal ik voorstellen doen tot modernisering van het grondwettelijk noodrecht. Deze voorstellen zijn mede ingegeven door de gedachte dat noodrecht noodzakelijk recht is, waar men niet, zoals zo vaak wordt gedacht, zo ver mogelijk uit de buurt dient te blijven. Het noodrecht kent namelijk een aantal uitgangspunten die, mits gerespecteerd, uiteindelijk zeer de beginselen van de demo-

1. De auteur dankt Matthijs Hazenkamp voor zijn hulp bij het verzamelen van het onderzoeksmateriaal en R.Nehmelman, I. Tappeiner, C.D.A. Bos, P.E. de Morree, J.W.C. van Rossem en C. Modderman voor hun commentaar op een eerdere versie van dit stuk. Deze bijdrage werd afgesloten op 20 januari 2014.
2. E.T. Brainich von Brainich Felth, *Het systeem van crisisbeheersing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004 (hierna: Brainich 2004), p. 40 e.v.

cratische rechtsstaat te stade komen. Zo geldt noodrecht altijd slechts tijdelijk (totdat de toestand weer normaal is), dienen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit gerespecteerd te worden en dient zo spoedig als mogelijk is de volksvertegenwoordiging geraadpleegd te worden teneinde de maatregelen van de wenselijke democratische legitimiteit te voorzien. Het is opmerkelijk om te moeten constateren dat er de afgelopen jaren veel wetgeving tot stand is gebracht en maatregelen zijn genomen teneinde veiligheidsvraagstukken aan te pakken of de financiële crisis het hoofd te bieden, waarbij de hiervoor genoemde uitgangspunten niet of nauwelijks werden gerespecteerd. Daarmee wordt een sluipende uitholling van de rechtsstaat een reëel gevaar.<sup>3</sup> Om een en ander duidelijk te maken zal ik in het kort de algemene uitgangspunten van noodrecht duidelijk maken, en uiteraard ook voorbeelden geven van crisiswetgeving, waarbij m.i. een aantal van deze uitgangspunten in het gedrang is gekomen. Mijn betoog komt er uiteindelijk op neer dat er een onterechte angst is voor noodrecht. Het zou wenselijk zijn als eerst nagegaan wordt of een bepaalde crisis met noodrecht te lijf gegaan kan worden, vooraleer er toe wordt overgegaan om ingrijpende bevoegdheden permanent in wetgeving te verankeren. Maar allereerst ga ik in op een aantal begripsmatige kwesties.

## 2. Terminologie: nood en noodrecht<sup>4</sup>

Van het begrip (staats)noodrecht zijn diverse omschrijvingen in omloop. Kortmann<sup>5</sup> komt tot een drieslag:

- a. art. 103 Gw en de daarop berustende regelingen;
- b. de besluiten genomen op grondslag van de op art. 103 berustende regelingen;
- c. de besluiten die genomen zijn in geval van staatsnood, maar die niet te herleiden zijn tot een grondwettelijk voorschrift.

De beide eerste categorieën worden wel aangeduid als *objectief* staatsnoodrecht, de laatste als *subjectief* staatsnoodrecht. Dit terminologische

3. M. de Wilde, *Uit nood geboren* (oratie UvA), Amsterdam 2013, p. 19 (hierna: De Wilde 2013).
4. Bij de behandeling van dit onderwerpen kunnen we op de schouders van vele buitenlandse en binnenlandse grootheden uit de geschiedenis gaan staan, zoals C. Schmitt, (*Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 6e druk, Berlijn 1993) en W.F. Prins, (*Noodstaatsrecht*, RMThemis 1956, p. 77-128, p. 305-351). Ik heb er van afgezien om diep de geschiedenis en de theorie in te gaan. Deels omdat dit elders al gebeurd is, zoals in de hierna nog de noemen proefschriften van Branich von Brainich Felth en Loof, maar vooral dit voor mijn op de actuele ontwikkelingen gerichte, beperkte vraagstelling van deze bijdrage m.i. niet nodig is.
5. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, zevende druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 181 (hierna: Kortmann 2012).

onderscheid is weliswaar historisch verklaarbaar,<sup>6</sup> maar leidt m.i. niet tot een beter begrip. Het is helderder om simpelweg van geschreven en ongeschreven noodrecht te spreken.

Is het zinvol om een onderscheid te maken tussen staatsnoodrecht en ander noodrecht? Dat zou het zeker zijn als ‘staatsnood’ scherp juridisch te definiëren zou zijn. Dat blijkt niet het geval. Van ‘staatsnood’ is niet slechts sprake als de staat als zodanig wordt getroffen. Uit de op art. 103 gebaseerde wetgeving kan worden afgeleid dat noodbevoegden ook kunnen worden geactiveerd als de noodtoestand slechts een gedeelte van het land betreft. Biedt dan wellicht de grondwettelijke aanduiding dat het bij de uitzonderingstoestanden gaat om de ‘uit- of inwendige veiligheid’ houvast? Ook dat is niet zo. Brainich von Brainich Felth heeft al eerder uiteengezet dat deze termen oorspronkelijk te herleiden zijn tot (burger)oorlogsomstandigheden, naar oorlog (uitwendig) en oproer (inwendig). Gaandeweg is de betekenis van deze begrippen enorm opgerekt. Ook de regering is van oordeel dat alle noodwetgeving potentieel onder art. 103 Gw valt.<sup>7</sup> Dat de regering desondanks bepaalde noodwetgeving niet onder de werking van art. 103 Gw brengt, lijkt vooral ingegeven door pragmatische overwegingen.

‘Veiligheid’ is tegenwoordig het koepelbegrip waarachter allerlei bedreigingen schuil kunnen gaan die niet meer met het normale recht bestreden kunnen worden. Binnen dat kader worden vaak vier zogenaamde ‘vitale’ sectoren benoemd:

- Nationale rechtsorde: openbaar bestuur, rechtshandhaving/rechtspleging/detentie;
- Internationale rechtsorde: defensie;
- Openbare veiligheid: rampenbestrijding(sorganisatie), milieu, waterbeheer, gezondheidszorg, voedselvoorziening en voedselveiligheid, drinkwater en arbeidsomstandigheden;
- Economische veiligheid: energie (olie, gas, elektriciteit), financieel verkeer, transportinfrastructuur en transportcapaciteit, telecommunicatie.<sup>8</sup>

Deze opsomming geeft een aardig beeld van de gebieden waarop ons ellende kan overkomen, van de nood die kan ontstaan. Daarbinnen kunnen weer allerlei andere onderverdelingen worden gemaakt, zoals die tussen ‘crisis’ en ‘rampen’. Dat heeft in operationele zin wellicht betekenis, voor het begrip van noodrecht heeft het dat niet. De kern van noodrecht is dat wordt afgeweken van het normale bevoegdhedenpatroon. Daarbij gaat het vooral

6. Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, vijftiende druk, Deventer: Kluwer 2006, p. 753 hierna: Van der Pot 2006).

7. Brainich 2004, p. 41. Voorts *Kamerstukken II* 1993/94, 23 790, nr. 3, p. 4.

8. Brainich 2004, p. 17.

om situaties waarbij bevoegdheden worden uitgeoefend door andere instanties dan in normale omstandigheden het geval zou zijn, of dat er verdergaande bevoegdheden mogen worden uitgeoefend dan in normale omstandigheden toegestaan zou zijn.

Binnen deze definitie vallen niet alleen bevoegdheden van instanties van de centrale overheid, maar ook de noodbevoegdheden van decentrale overheden, in het bijzonder de ‘algemene’ noodbevoegdheden van de burgemeester op basis van de artikelen 175 en 176 van de Gemeentewet.<sup>9</sup>

### **3. Grenzen aan noodrecht**

Wie denkt dat met het toepassen van noodrecht meteen alle feitelijke en juridische sluitingen worden opgezet heeft het mis. Regelgeving, literatuur en jurisprudentie geven aan dat er wel degelijk ook grenzen zijn aan de toepassing van noodrecht. Deze grenzen zijn niet in alle opzichten even scherp. De vraag is verder wie deze normen zou kunnen of moeten handhaven. Het zijn kwesties die ik niet uitvoerig zal bespreken, noch tot een oplossing zal brengen. Voor het doel van dit preadvies volstaat dat ik deze grenzen aangeef en deze kort toelicht.

#### *3.1 Tijdelijkheid*

Als terugkeer naar de ‘normaaltoestand’ het uitgangspunt blijft, dat wil zeggen dat de overheid uiteindelijk wil blijven functioneren naar de eisen van de democratische rechtsstaat, dan is het gebruik van noodrecht per definitie tijdelijk.<sup>10</sup> Hoe lang ‘tijdelijk’ dan duurt zal vanzelfsprekend mede afhangen van de aard en de duur van de dreiging, maar op enig moment zal een einde moeten komen aan de toepassing van het noodrecht. De Wilde beschrijft treffend dat deze notie van tijdelijkheid al aanwezig was ten tijde van de Romeinse Republiek. De dictator die werd benoemd ten tijde van oorlog of opstand, was bevoegd om alle maatregelen te nemen die noodzakelijk waren om de Republiek tegen haar vijanden te beschermen. De macht van de dictator was echter niet onbegrensd. Een van de belangrijkste grenzen was wel die van de tijdelijkheid; een dictator werd voor maximaal zes maanden aangesteld, waarna deze zich politiek en juridisch diende te verantwoorden.<sup>11</sup>

9. Er is ook nog de bijzondere noodbevoegdheid van art. 176a Gem.w., te weten de bestuurlijke ophouding in geval van nood. Daarover meer in paragraaf. 5.1.

10. Zie ook J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?* (diss.), Nijmegen Wolf Legal Publishers 2005, p. 109.

11. De Wilde 2013, p. 6-7.

De grens van tijdelijkheid is in de moderne tijden nog steeds actueel. Eerder heb ik er op gewezen dat na 9/11 ook in de VS, waar de nood door de regering wel heel hoog werd opgevoerd, belangrijke noodwetgeving en dan met name de Patriot Act, werd voorzien van een zogenaamde ‘sunset clause’, een horizonbepaling<sup>12</sup>

Ook het internationale recht gaat uit van tijdelijkheid. In algemene zin kan zich een staat slechts voor een bepaalde periode aan internationale verplichtingen onttrekken,<sup>13</sup> en bepalingen uit mensenrechtenverdragen – waarover zo dadelijk meer – stellen hier nog specifiekere eisen aan.

Het staatsnoodrecht dat onder het huidige Nederlandse grondwettelijke stelsel toegepast kan worden, is ook onderworpen aan de notie van tijdelijkheid. Volgens Cammelbeek is een buitengewone rechtstoestand naar zijn aard een tijdelijke (dat wil zeggen een duidelijk begin en einde hebbende) rechtstoestand.<sup>14</sup> Die tijdelijkheid blijkt duidelijk uit art. 3 van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden (hierna: Cwu). Zodra de omstandigheden het toelaten kan de noodtoestand op voordracht van de minister-president worden opgeheven (aanhef en onder b). Ook de Staten-Generaal kan in verenigde vergadering besluiten dat de noodtoestand wordt opgeheven, dan wel aan een bepaalde termijn wordt gekoppeld (aanhef en onder a).

Ook het burgemeesterlijke noodrecht werkt slechts tijdelijk. Het noodbevel ex art. 175 Gem.w is uit der aard tijdelijk; de werkingsduur is beperkt tot het moment waarop het is opgevolgd.<sup>15</sup> De bestuurlijke ophouding in geval van nood kan volgens art. 176a, eerste lid, Gem.w expliciet alleen maar tijdelijk plaatsvinden. Noodverordeningen vervallen als ze niet in de eerstvolgende raadvergadering worden bekrachtigd (art. 176, lid 3 Gem.w) en de burgemeester dient de noodverordening in te trekken als van de ‘noodtoestand’ als bedoeld in art. 175, eerste lid, Gem.w. geen sprake meer is.<sup>16</sup>

### 3.2 *Proportionaliteit en subsidiariteit*

Brainich von Brainich Felth heeft er in zijn proefschrift al op gewezen dat de toepassing van noodrecht onderworpen is aan de beginselen van pro-

12. In: E.R. Muller e.a., *Bestuur, recht en veiligheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 206.

13. G. Molier, *The State of Exception and Necessity under International law*, in: A. Ellian & G. Molier, *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, Dordrecht: Republic of Letters Publishing 2012, p. 220.

14. T.D. Cammelbeek, *Het staatsnoodrecht herzien: het onvoorzienbare gesystematiseerd*, AA 1996 (hierna: Cammelbeek 1996), p. 765.

15. E.T. Brainich von Brainich Felth 2006 (T&C OO&V), art. 175 Gem.w, aant. 4.

16. M.A.D.W. de Jong 2013 (T&C Gemeentewet Provinciewet) art. 176 Gem.w aant. 4-5.

portionaliteit en subsidiariteit.<sup>17</sup> Ook door de wetgever wordt dit onderkend.<sup>18</sup>

Bij de proportionaliteit gaat het om de vraag of de maatregel werkelijk noodzakelijk is met het oog op de met de maatregel te dienen doelen. Bij subsidiariteit gaat het vooral over de vraag of er niet een minder ingrijpend middel zou kunnen worden ingezet om hetzelfde doel te bereiken. Met de Lange ben ik het eens dat het hier voor een deel ook gaat om een inschatting van de risico's die door de maatregel worden afgewend.<sup>19</sup>

De eis van proportionaliteit heeft ook een zekere relatie met de voorgaande grens van tijdelijkheid. De Lange wijst er in navolging van Vande Lanotte en Haeck op dat maatregelen die onevenredig zouden zijn als ze permanent waren, door hun tijdelijkheid nog net binnen de bandbreedte van de proportionaliteit kunnen vallen.<sup>20</sup>

Of er zich een situatie van nood voordoet, en name hoe ernstig de nood is, is een vraag die zich nauwelijks leent voor een rechterlijk oordeel.<sup>21</sup> Nationale en internationale rechters zijn hier zeer terughoudend. Maar, zoals De Lange terecht aangeeft, kunnen maatregelen die in tijde van nood worden genomen “naarmate ze concreter zijn steeds meer door de rechter worden getoetst – ook op hun evenredigheid in relatie tot de ernst van de noodsituatie, en niet alleen op hun evenredigheid ten aanzien van de gemaakte belangenafweging, en de gelijkheid en verdelende rechtvaardigheid die bij de maatregel in acht worden genomen.<sup>22</sup> Deze redeneerlijn wordt in belangrijke mate bevestigd in jurisprudentie over de handhaving van de openbare orde.

De Jong heeft in haar proefschrift uitvoerig aandacht gegeven aan het belang van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit bij de toepassing van de burgemeesterlijke noodbevoegdheden. Met name over dat laatste beginsel is er nogal wat jurisprudentie. De rechter toetst met grote regelmaat – zij het met wisselende intensiteit – of de burgemeester niet met minder zware middelen, dan wel gewone middelen had kunnen volstaan.<sup>23</sup>

17. E.T. Brainich von Brainich Felth, Staatsnoodrecht (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 81 e.v.

18. *Kamerstukken II* 1993/94, 23 790, nr. 3, p. 4 (Coördinatiewet uitzonderingstoestanden) *Kamerstukken II* 2003/04 29 514, nr. 3, p. 5 (Modernisering noodwetgeving ministeries V&W en EZ)

19. R. de Lange, Tussen gelijkheid en waarschijnlijkheid: het evenredigheidsoordeel in uitzonderingssituaties, in: A. Nieuwenhuis/B.J. Schueler/C.M. Zoethout (red.) *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 132 (hierna: De Lange 2005a).

20. De Lange 2005a, p. 126 en J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, deel 2, Vo. II, Antwerpen 2005, p. 213.

21. Zie bijv. HR 14 maart 1952, NJ 1952, 195 en de in par. 3.3. te bespreken jurisprudentie van het EHRM.

22. De Lange 2005a, p. 137.

23. M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000 (hierna: De Jong 2000), paragrafen 2.2.3 en 2.3.2.

### 3.3 *Bepaalde grondrechten blijven onaantastbaar*

Zelfs in tijden van nood zijn bepaalde grondrechten voor de overheid onaantastbaar. Onze oosterburen noemen dat kort-en-krachtig ‘notstands-fest’. Zo erkent art. 15 van het EVRM dat in “time of war or other public emergency threatening the life of the nation” maatregelen kan nemen die afwijken van de bepalingen van het verdrag, maar slechts voor zover de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist en op voorwaarde dat deze niet in strijd zijn met andere verplichtingen die voortvloeien uit het internationale recht. Volgens De Lange, onder verwijzing naar Hartmann, dient hier vooral gedacht te worden aan het humanitair oorlogsrecht en het Handvest van de VN.<sup>24</sup> Op grond van lid 2 van hetzelfde artikel zijn bepaalde grondrechten onaantastbaar. Het gaat om het recht op leven, het verbod van foltering, het verbod van slavernij of dwangarbeid en het *nullum crimen, nulla poena-beginsel*.<sup>25</sup>

Een beroep op art. 15 EVRM is zeldzaam. De rechter laat hier vervolgens ook veel vrijheid aan de overheid om de maatregelen te nemen die zij gelet op de noodtoestand noodzakelijk acht. De rechterlijke toetsing was al terughoudend,<sup>26</sup> en is alleen maar terughoudender geworden. In een van de meest recente uitspraken over art. 15 EVRM, *A. e.a.t. VK* (2009) laat het Hof een zeer grote beoordelingsruimte aan de Britse overheid voor wat betreft de rechtmatigheid van een aantal na 11/9 genomen anti-terreurmaatregelen. Het Hof neemt als uitgangspunt dat nu de Britse rechter de toepassing van het noodrecht al had beoordeeld, het Hof slechts contrair mocht gaan aan die uitspraak “(...) if satisfied that the national court had misinterpreted or misapplied Article 15 or the Court’s jurisprudence under that Article or reached a conclusion which was manifestly unreasonable.”<sup>27</sup>

Artikel 4 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten kent een aan het EVRM grotendeels vergelijkbare constructie. Ook hier dienen de maatregelen weer proportioneel te zijn,<sup>28</sup> maar wordt er

24. R. de Lange, *Noodrecht en grondrechten*, NJCM-Bull., 2005, p. 537 (hierna: De Lange 2005b) en J.Hartman, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies*, Harvard International Law Journal 1981, p. 10. En ik neem aan dat hier ook gedacht moet worden aan *ius cogens*.
25. Zie voor een nadere uitwerking *Opinie no. 359/2005 van de Venice Commission, On the protection of Human Rights in Emergency Situations*, CDL-AD (2006)015, i.h.b. p. 4 e.v.
26. De Lange 2005b, p. 338.
27. EHRM 19 februari 2009, appl.no. 3455/05 (a. e.a./VK), par. 174. Uitbreider over deze uitspraak: B. van der Sloot, *Langs lijnen van geleidelijkheid: een jurisprudentieanalyse van art. 15 EVRM*, NJCM-bull. 2012, p. 212
28. De eis van proportionaliteit is onder EVRM wel wat strikter geformuleerd. Zie verder M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights*, Kehl: J.P. Engel Verlag 2005, p. 97 e.v.

nog aan toegevoegd dat zij geen discriminatie op grond van ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst of maatschappelijke afkomst mogen inhouden. 'Notstandsfest' zijn hier het recht op leven, het verbod op foltering, het verbod op slavernij en horigheid, het verbod op gevangeming bij wanprestatie, het nulla poena-beginsel, het persoonlijkheidsbeginsel en de vrijheid van geweten en godsdienst.<sup>29</sup>

Art. 103, tweede lid, Gw staat ogenschijnlijk een iets ruimhartiger bescherming van grondrechten in tijden van nood voor, althans deze bepaling kent een omgekeerde constructie; er mag niet worden afgeweken, behalve van een expliciet genoemde grondrechtelijke bepaling. Onder de Grondwet mag alleen worden afgeweken van de godsdienstvrijheid, (voor zover het gaat om de uitoefening buiten gebouwen), vrijheid van meningsuiting, betogingsvrijheid, huisrecht (althans voor wat betreft de procedurele waarborgen) en het briefgeheim. Dat geldt overigens ook voor de leden 1 en 3 van artikel 113 van de Grondwet, waarin is neergelegd dat de berechting van strafbare feiten is opgedragen aan de rechterlijke macht en dat vrijheidsbeneming uitsluitend door de rechterlijke macht kan worden opgelegd.

De grondwettelijke formulering van de 'notstandsfeste' grondrechten biedt dus op het eerste gezicht meer bescherming dan mensenverdragen doen. Dit is echter deels schijn. Door de formalistische beperkingssystematiek<sup>30</sup> van de Grondwet (als de beperking maar in de wet staat, of daarop kan worden gebaseerd, dan is het goed), zijn grondrechten die geheel aan de wil van de wetgever overgeleverd zijn niet 'notstandsfest'. Zo zou men bijvoorbeeld uit de tekst van art. 103, tweede lid, Gw de conclusie kunnen trekken dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in uitzonderingstoestanden niet kan worden aangetast. Niets is echter minder waar; de regering heeft bij de behandeling van art. 103 expliciet gemeld dat het art. 10 Gw niet in het tweede lid heeft opgenomen omdat ingevolge het eerste lid van artikel 10 de wetgever alle beperkingen op de persoonlijke levenssfeer kan aanbrengen die hij in tijden van nood noodzakelijk acht. Hetzelfde geldt ook voor de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Gw).<sup>31</sup> Nu dergelijke constructies en achterliggende redeneringen alleen voor juristen begrijpelijk zijn, vraag ik mij af de benadering van de mensenrechtenverdragen niet de voorkeur verdient. Daarbij komt dat de lijst van 'notstandsfeste' grondrechten niet helemaal spoort met die van de mensenrechtenverdragen. Zo beschermt het IVBPR zelfs in tijden van

29. Zie verder General Comment no. 29, States of Emergency (31 August 2001), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11.

30. Meer hierover: H.R.B.M. Kummeling, Proliferatie van proportionaliteit, in: P.P.T. Bovend'Eert/J.W.A. Fleuren/H.R.B.M. Kummeling (red.), Grensverleggend staatsrecht (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2001, p. 234.

31. Van der Pot 2006, p. 758.

nood het verbod op discriminatie. De Grondwet doet dat niet. Ook kent het VN-verdrag een ruimere bescherming van de godsdienst- en gewetensvrijheid. Gelet op de internationale verplichtingen zou men op zijn minst verwachten dat de Grondwet deze respecteert en vervolgens wellicht een meerwaarde zou kunnen hebben door het bieden van meer of meer specifieke bescherming. In paragraaf 6 kom ik daar nog op terug.

Als men naar de formulering van de eerste leden van de artikelen 175 en 176 van de Gemeentewet kijkt, dan is de conclusie gerechtvaardigd dat de grondrechten voor de burgemeester onaantastbaar zijn. Immers, er staat nadrukkelijk dat bij het gebruik van noodbevoegdheden niet mag worden afgeweken van de bepalingen van de Grondwet. Met name bij de uitoefening van de godsdienstvrijheid, de uitingsvrijheid en de demonstratievrijheid bleek dit problematisch.<sup>32</sup> Via een gekunstelde redenering heeft de regering bij de herziening van de Gemeentewet toch enig ruimte gevonden voor de burgemeester om bij de toepassing van noodbevoegdheden deze grondrechten te kunnen beperken. Daarbij was grofweg de gedachte dat bij het gebruik van noodbevoegdheden toch vooral beoogd werd doelen na te streven die ook in de beperkingsclausules van de artikelen 6 en 9 worden genoemd, in het bijzonder het voorkomen van wanordelijkheden. Van het verspreidingsrecht was al langer bekend dat het beperkt kon worden met het oog op de handhaving van de openbare orde. In geen geval zal de burgemeester echter beperkingen mogen stellen louter met het oog op de inhoud van de uitingen.<sup>33</sup> Deze door de regering geboden ontsnappingsroute is echter nogal omstreden, omdat deze niet past in de grondwettelijke beperkingsregime dat een expliciete, specifieke beperkingsgrondslag vereist.<sup>34</sup>

Wat er ook van zij, het moge duidelijk zijn dat ook als het gaat om grondrechtenuitoefening bij noodsituaties geen sprake is van een rechtsloze ruimte, van een juridisch vacuüm.<sup>35</sup> Het is ook duidelijk dat de mensenrechtenverdragen veel beoordelingsruimte laten aan de lidstaten.<sup>36</sup> Dat is ook wel begrijpelijk; als het voor de nationale rechter al moeilijk is om zicht te krijgen op de aard en de ernst van de nood, dan is dat voor de op nog grotere afstand van de feitelijke gebeurtenissen staande internationale rechterlijke instanties nog veel ingewikkelder.<sup>37</sup> Maar dat is dan tegelijk-

32. Uitvoerig De Jong 2000, p. 115 e.v.

33. De Jong 2013, T&C Gemeentewet Provinciewet, art. 175, aant. 1, onder c.

34. Burkens/Kummeling/Vermeulen/Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, zevende druk, Deventer 2012, p. 342.

35. Vgl. De Lange 2005b, p. 549.

36. B. van der Sloot, *Langs lijnen van geleidelijkheid: een jurisprudentieanalyse van art. 15 EVRM*, NJCM-Bull. 2012, p. 228.

37. J.P. Loof, *On Emergency-Proof Human Rights and Emergency-Proof Human Rights Procedures*, in: A. Ellian & G. Molier, *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, Dordrecht: Republic of Letters Publishing 2012, p. 172.

tijd wel een reden te meer om kritisch te kijken naar de wijze waarop in het nationale recht het noodrecht is ingericht en wordt toegepast.

### 3.4 *Spoedige betrokkenheid volksvertegenwoordiging*

We zagen het al eerder: in de tijd van de Romeinse Republiek was de betrokkenheid van de “volksvertegenwoordiging”<sup>38</sup> groot, zelfs dominant; de dictator werd aangesteld door de senaat en moest zich ten overstaan van de senaat verantwoorden voor de genomen noodmaatregelen. De geschiedenis (o.a. de republiek van Weimar) leert verder dat de meest ‘dodelijke’ combinatie voor de democratische rechtsstaat de situatie is waarin omvangrijke noodbevoegdheden van kracht worden, terwijl tegelijkertijd de macht van de volksvertegenwoordiging aanzienlijk wordt beknot, of erger nog het parlement wordt ontbonden.<sup>39</sup>

Bij de totstandkoming van het vigerende Nederlandse staatsnoodrecht is gaandeweg het besef gegroeid dat de waarborg tegen het te snel grijpen naar buitengewone bevoegdheden niet moet worden gezocht in het gedetailleerd omschrijven van de buitengewone omstandigheden waarin noodrecht kan worden toegepast, maar vooral in het hanteren van een zorgvuldige procedure waarbij er voor het parlement een belangrijke plaats is ingeruimd. De conclusie is getrokken dat het bij het in werking stellen niet zozeer gaat om “het objectief vaststellen van juridische grootheden, maar om het constateren dat concrete feitelijke gebeurtenissen niet meer met gewone middelen tegemoet getreden kunnen worden”, aldus Cammelbeek.<sup>40</sup> Het gaat hier primair om een bestuurlijk oordeel, maar wel een dat, vanwege de ingrijpende gevolgen aan controle door de volksvertegenwoordiging moet worden onderworpen. In de volgende paragraaf zal ik meer gedetailleerd beschrijven hoe de parlementaire betrokkenheid er bij staatsnoodrecht precies uitziet. Hier kan worden volstaan met de constatering dat het parlement ingevolge art 103, derde lid, Gw meteen op de hoogte moet worden gebracht van het uitroepen van een noodtoestand én dat de Staten-Generaal beslissen over het voortduren daarvan.

In weerwil van de vrij concreet aandoende omschrijving art. 175, eerste lid, Gem.w. blijkt toch ook hier dat de aanduiding van wat nu een nood situatie is, zich lastig laat omschrijven. Ook hier gaat het veel meer om de constatering dat er bepaalde vergaande, niet reguliere maatregelen nodig

38. Vanuit het tegenwoordige perspectief op volksvertegenwoordiging was er bij de Senaat natuurlijk geen sprake van volksvertegenwoordiging. Zelfs in het insigne SPQR (Senatus Populusque Romanus: “de Senaat en het Volk van Rome”) kwam dit al tot uitdrukking. Als de Senaat al geen volksvertegenwoordiging was, dan kan het in ieder geval als een voorloper daarvan worden gekwalificeerd.

39. De Wilde 2013, p. 13.

40. Cammelbeek 2006, p. 764.

zijn om een bepaalde situatie het hoofd te kunnen bieden.<sup>41</sup> Zoals onder 3.1 reeds beschreven is ook hier een belangrijke waarborg (tegen o.a. grondrechtenschendingen) gezocht in de spoedige betrokkenheid van de gemeentelijke volksvertegenwoordiging.

In zijn algemeenheid vormt de inschakeling van de volksvertegenwoordiging het belangrijkste controlemechanisme ter voorkoming van misbruik van nood en noodmaatregelen. Loof<sup>42</sup> beschrijft de noodzaak van het bestaan van een dergelijk controlemechanisme. Onder andere moet voorkomen worden dat de autoriteiten de bevoegdheden gebruiken voor een ander doel dan waarvoor ze zijn gegeven, of dat er veel ingrijpender maatregelen, qua inhoud of tijdsduur, worden genomen dan strikt noodzakelijk. Verder moet misbruik achteraf kunnen worden geredresseerd. Bij dat laatste komt naar mijn oordeel de rechter weer sterk in beeld, zeker waar het gaat om onrecht aangedaan aan personen, maar natuurlijk kan ook de volksvertegenwoordiging daarbij een rol vervullen.

Met dit alles wordt niet betoogd dat alle heil van de volksvertegenwoordiging moet of kan worden verwacht. Zoals ik hierna nog zal beschrijven zijn er genoeg voorbeelden te geven van gevallen waarin met name het parlement in zijn rol van beschermer van burgerlijke vrijheden en eigendom steken heeft laten vallen. Maar tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat er eigenlijk ook geen alternatieven zijn, nu de rechter in zijn algemeenheid voor tijden van nood onvoldoende geëquipeerd en gelegitimeerd is om van noodmaatregelen te beoordelen.<sup>43</sup>

#### 4. Noodrecht in vogelvlucht

##### *Inleiding*

Het zou niet zinvol zijn om hier uitgebreid het palet van noodwetgeving voor Nederland te beschrijven. Dat is elders al uitvoerig gebeurd.<sup>44</sup> Voor een goed begrip van de rest van mijn betoog is het echter wel noodzakelijk om een paar kernbronnen en kernelementen van het noodrechtelijke regelgevingscomplex te beschrijven. Een van die kernelementen van het in de

41. De Jong 2013, T&C Gemeentewet Provinciewet, art. 175, aant.1, onder b.

42. Ook J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?* Nijmegen Wolf Legal Publishers 2005, p. 109.

43. Het kiezen van de executieve, m.n. de president, zoals in de VS en Frankrijk het geval is, biedt maar beperkt soelaas. Weliswaar is deze dan zelfstandig gelegitimeerd en kan door de bevolking bij de eerstvolgende verkiezingen naar huis gestuurd worden (als deze die dan nog laat houden), maar ondertussen zit er dan geen rem om ongebreidelde bevoegdheidsuitoefening.

44. Brainich 2004. Zie ook het uitvoerige Tekst & Commentaar *Openbare Orde en Veiligheid* onder redactie van E.R. Muller, E.T. Brainich, L. Rogier en Th.A. de Roos, Deventer: Kluwer 2011.

jaren negentig van de vorige eeuw ontworpen noodrecht is wel dat er expliciet wordt verklaard dat er sprake is van een noodtoestand, waarna buitengewone bevoegdheden kunnen worden toegepast. Juist dat element lijkt in recente wetgeving te verdwijnen.

#### *4.1 Internationaal en Europees recht*

Al eerder is geconstateerd dat de mensenrechtenverdragen vooral een aantal grenzen stellen aan de toepassing van noodrecht; ook in tijden van nood zullen bepaalde rechten dienen te worden gerespecteerd. In hoeverre dat realistisch is, is natuurlijk de vraag, maar het zijn wel verplichtingen die de partijen bij het verdrag op zich hebben genomen.

Voor wat betreft de Europese Unie ligt de zaak wat ingewikkelder. Via de excepties bij een aantal vrijheden wordt de lidstaten enige ruimte geboden om noodsituaties aan te pakken.<sup>45</sup> Ook geeft art. 346, eerste lid, onder a, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) aan lidstaten de ruimte om geen inlichtingen te verschaffen waarvan de verspreiding in strijd zou zijn met de wezenlijke belangen van hun veiligheid. En onder b van hetzelfde artikellid wordt gemeld dat de lidstaten de ruimte hebben om maatregelen te treffen voor de wezenlijke belangen van hun veiligheid en die betrekking hebben op der productie of handel in wapenen, munitie of ander oorlogsmaterieel.

Meer in zijn algemeenheid geldt dat maatregelen die een lidstaat neemt met het oog op binnenlandse veiligheid, openbare orde, oorlog, oorlogsgevaar, internationale vrede en veiligheid in beginsel de interne markt niet dienen te verstoren (art. 346, eerste lid, VWEU). Voor het geval dat wel dreigt te gebeuren voorzien de art. 347 en 348 VWEU in een overlegverplichting tussen de lidstaten. Ook de Commissie kan hier initiatieven ontplooiën, en o.a. de gang naar het Hof van Justitie maken.

Het is onmiskenbaar zo dat de Europese Unie zich in de afgelopen decennia in toenemende mate heeft gemanifesteerd op terreinen die klassiek in het domein vallen van het noodrecht, zoals veiligheid en de openbare ordehandhaving.<sup>46</sup> Daarbij kan men wel constateren dat er sprake was van een al dan niet sluipende bevoegdheidsoverdracht, maar niet dat er veel ruimte is ontstaan voor instellingen van de EU tot het toepassen van noodrecht, ingrijpen dat niet past binnen het normale bevoegdhedenpatroon. Op het terrein van de economische ordening lijkt echter, deels ingegeven door

45. Bijv. art. 52, eerste lid, VWEU inzake het recht van vestiging biedt een exceptie t.a.v. openbare orde, openbare veiligheid en de volksgezondheid. Deze gelden ook bij het vrije dienstenverkeer (art. 62 VWEU).

46. Vgl. I. Tappeiner, *Orde in de Unie* (diss.), Uitgeverij BOX Press 2009, i.h.b. p. 275-276.

de financiële crisis, wel enige verandering te zijn opgetreden.<sup>47</sup> Zo is er art. 122, eerste lid, VWEU dat bepaalt dat “de Raad op voorspraak van de Commissie in een geest van solidariteit tussen de lidstaten bij besluit de voor de economische situatie passende maatregelen vaststellen, met name als zich bij de voorziening van bepaalde producten, in het bijzonder op energiegebied, ernstige moeilijkheden voordoen”. Ook de financiële noodhulp die kan worden geboden op basis van het tweede lid van het genoemde artikel heeft noodrechtelijke trekken. Het Europees Parlement wordt in kennis gesteld van de op basis van dit artikel genomen besluiten, helaas niet onverwijld. Een echte basis voor noodbevoegdheden vormt het niet, getuige het feit dat het *European Stability Mechanism (ESM)*, is ingericht met een apart intergouvernementeel verdrag.<sup>48</sup>

Ten slotte: de beoogde regeling van het toezicht op het bankwezen is van dien aard dat weliswaar eerst de lidstaten bij interventies naar consensus dienen te steven, maar als die er op zeer korte termijn niet is, dan wordt ruimte geboden voor een eenhoofdig leiderschap dat klassiek past bij noodrecht.<sup>49</sup>

## 4.2 Constitutioneel noodrecht

### 4.2.1 ‘Verklarings’-noodrecht

#### 4.2.1.1 Statuut

Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden is vanzelfsprekend een belangrijk constitutioneel document. Opmerkelijk is echter dat het voor het constitutionele noodrecht eigenlijk obsoleet is. Het bevat in art. 34 een verwijzing naar de staat van oorlog en de staat van beleg. Noodsituaties die wij na de modernisering van het noodrecht in 1996 niet meer kennen. Brainich von Brainich Felth constateerde al eerder dat hier sprake is van een dode letter.<sup>50</sup> Dat dit deel van het Statuut zelfs niet bij gelegenheid van 10-10-10, toen er weer wat ruimte was voor statutaire wijzingen, is aangepast, is teleurstellend, maar waarschijnlijk wel verklaarbaar, omdat de aan-

47. Maar niet bijvoorbeeld bij het omstreden Stabiliteitspakt zoals Reestman duidelijk heeft aangetoond. ‘Brussel’ kan de naleving van de begrotingsregels niet afdwingen: de lidstaten moeten het zelf doen. Zie J.H. Reestman, Constitutioneel minimalisme, het Stabiliteitsverdrag in de Nederlandse rechtsorde, Tijdschrift voor Constitutioneel Recht 2013, p. 23-24.

48. Meer over de gevolgen, de kritiek en de jurisprudentie over het ESM de publicatie van M. Diamant en M.L van Emmerik, Het Nederlandse budgetrecht in Europees perspectief, Tijdschrift voor Constitutioneel Recht 2013, p. 101 e.v.

49. Dit alles in het kader van een op te richten Europese Bankenuite, Nieuwsbericht Rijksoverheid 19 december 2013, [www.Rijksoverheid.nl/nieuws](http://www.Rijksoverheid.nl/nieuws).

50. Brainich 2004, p. 40.

dacht op andere zaken was gericht. Hoe dan ook, in dit kader is het vooral van belang om te constateren, dat het Statuut ervan uitgaat dat er eerst een verklaring zijdens de regering wordt afgegeven, vooral bevoegdheden als bedoeld in het derde lid van art. 34 Statuut. Waar mogelijk dient overleg met de regering van het betrokken land plaats te vinden. Afgeweken kan worden van bepalingen betreffende de vrijheid van drukpers, het recht van vereniging en vergadering, de onschendbaarheid van de woning en het postgeheim. Kortom, zoals hierna nog zal blijken, zowel qua kwalificatie van de noodtoestand(en) als qua bepaling van de ‘notstandsfeite’ grondrechten een heel andere opzet dan die van de Nederlandse Grondwet. De oproep om Statuut en Grondwet meer met elkaar in overeenstemming te brengen, ligt voor de hand.

#### 4.2.1.2 Grondwet en onderliggende wetgeving

Met de grondwetsherziening van 1983 zijn allerlei bijzondere kwalificaties van noodtoestanden uit de Grondwet verdwenen, zoals daar zijn de staat van oorlog, de staat van beleg, burgerlijke uitzonderingstoestand en oorlogsgevaar. Art. 103 spreekt alleen nog maar van ‘uitzonderingstoestanden’ waarvan de wet de gevolgen dient te regelen. Achter deze grondwettelijke bepaling gaat een heel conglomeraat van noodwetgeving schuil. De harde kern daarvan wordt gevormd door de Oorlogswet voor Nederland, de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag en de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden. In de lijsten die vermeld worden in de laatstgenoemde wet – waarover zo dadelijk meer – wordt verwezen naar een omvangrijk pakket aan sectorale noodwetgeving, zoals bijvoorbeeld op de terreinen van de rampenbestrijding, gezondheidszorg, milieu, media, energievoorziening, communicatie, financieel verkeer, prijzen, lonen, arbeid, sociale zekerheid etc.<sup>51</sup>

De belangrijkste wet ter uitvoering van art. 103 Gw is de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden, want daarin worden – de naam zegt het al – de uitzonderingstoestanden geregeld waaraan de Grondwet refereert.

Art. 1 Cwu geeft aan dat indien er sprake is van ‘buitengewone omstandigheden’ een ‘algemene’ of een ‘beperkte’ noodtoestand kan worden afgekondigd. Het begrip ‘buitengewone omstandigheden’ is niet nader (juridisch) gedefinieerd. Het gaat hier om een feitelijk, bestuurlijk oordeel dat de situatie niet met de normale bevoegdheden kan worden aangepakt.<sup>52</sup>

51. Wie daarover meer wilt weten verwijs ik graag naar Brainich 2004, p. 71 e.v. Voor een beschrijving van recente crises waaruit blijkt dat zelden een beroep op het klassieke staatsnoodrecht wordt gedaan E.R. Muller (red.), *Crisis in Nederland: Rampen, rellen, gijzelingen en andere crises*, Deventer: Kluwer 2011.

52. Cammelbeeck 1996, p. 767.

Bij een algemene noodtoestand kan worden afgeweken van de bepalingen van de Grondwet als bedoeld in art. 103, tweede lid. Het gaat om de bevoegdheden van de besturen van provincies, gemeenten en waterschappen. Ook kan worden afgeweken van bepaalde grondrechten. Niet allemaal, want zoals hiervoor beschreven (paragraaf 3.3.) zijn sommige grondrechten blijkbaar 'notstandsfeest'.

In geval van de afkondiging van een beperkte noodtoestand kunnen ook bevoegdhedenpatronen worden doorbroken, maar daarbij gaat het dan niet om een afwijken van de Grondwet.

De beide uitzonderingstoestanden kennen elk een afzonderlijke lijst van paragrafen of bepalingen van noodwetten die in die desbetreffende uitzonderingstoestand in werking kunnen worden gesteld. Let wel, het is niet alles of niets: niet de hele lijst met bevoegdheden wordt in de desbetreffende uitzonderingstoestand in werking gesteld. Het is nadrukkelijk de bedoeling dat er met separate inwerkingstelling maatwerk wordt geleverd. Volgens Cammelbeeck dienen slechts die buitengewone bevoegdheden beschikbaar te komen die door de concrete situatie worden vereist.<sup>53</sup>

De gedachte aan maatwerk komt ook tot uitdrukking in het feit dat de wetgever buiten de grondwettelijke uitzonderingstoestanden nog, wat men zou kunnen noemen, een 'zeer beperkte' uitzonderingstoestand, of noodtoestand heeft erkend. Met het oog op eenvoudige, relatief beperkte, een-dimensionale crises, is het bij de Invoeringswet Coördinatiewet uitzonderingstoestanden in alle noodwetgeving waarin niet wordt afgeweken van de Grondwet mogelijk gemaakt om deze afzonderlijk in werking te laten treden. Daarvoor is een uniforme procedure in al deze wetgeving neergelegd. Deze regeling komt er in de kern op neer dat indien er sprake is van 'buitengewone omstandigheden' op voordracht van de minister-president bepaalde artikelen van een noodwet bij koninklijk besluit in werking worden gesteld. Wanneer een dergelijk besluit wordt genomen, dient onverwijld een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer te worden gestuurd omtrent het voortduren van de werking van de bedoelde bepalingen. Dit wordt de 'verlengingswet' genoemd. Wordt het wetsvoorstel door Staten-Generaal verworpen, dan worden de desbetreffende bepalingen onverwijld buiten werking gesteld.

De inwerkingtreding van de grondwettelijke uitzonderingstoestanden geschiedt ook bij koninklijk besluit op voordracht van de minister-president. Een dergelijk KB dient in het Staatsblad te worden gepubliceerd (art. 1, derde lid Cwu) en het wordt terstond medegedeeld aan de Staten-Generaal (art. 2 Cwu). Het is ook weer de Staten-Generaal als zodanig die in verenigde vergadering beslist over het voortduren van de noodtoestand (art. 103, derde lid, Gw).

53. Cammelbeeck 1996, p. 766.

Het is zeer begrijpelijk, en zelfs zeer toe te juichen, dat de wetgever heeft gekozen voor een zo flexibel mogelijk systeem van noodwetgeving, waarbij maatwerk mogelijk is, en niet verder wordt ingegrepen dan strikt noodzakelijk. Maar de grens tussen separate inwerkingstelling van noodwetten en de separate inwerkingstelling van noodwetten in het kader van een beperkte uitzonderingstoestand komt mij nogal gewrongen voor. Cammelbeeck geeft aan dat het verschil met name moet worden gezocht in de mate van complexiteit van de crisis. Dat lijkt me echter een moeilijk te hanteren criterium. Dat is in zijn algemeenheid al het geval, laat staan dat men zich daar nog in een crisis echt over kan buigen.<sup>54</sup> Vooralsnog is het de vraag of met het creëren van een beperkte noodtoestand niet onnodig juridische en psychologische drempels zijn opgeworpen voor het toepassen van noodwetgeving.<sup>55</sup> Ik kom daar later nog op terug

Los van dit alles is het van belang om te constateren dat de wetgever het moment waarop noodbevoegdheden mogen worden gebruikt expliciet procedureel heeft willen markeren; de inwerkingtreding van het noodrecht dient op een bepaalde wijze te worden afgekondigd.

#### 4.2.1.3 Vormvrij noodrecht

Bij de wetgevingsoperatie ter implementatie van art 103 Gw is getracht om zoveel mogelijk tot een harmonisatie van procedures te komen.<sup>56</sup> Dat is niet helemaal gerealiseerd. In een aantal gevallen is louter het bestuurlijk oordeel dat voldaan is aan bepaalde materiële condities al voldoende om noodrecht in werking te kunnen laten treden. Voorbeelden daarvan zijn de noodbevoegdheden van de burgemeester. Maar er zijn ook tal van noodwetten die bestreken worden door de Cwu die bepalingen bevatten die zonder voorafgaande verklaring in werking kunnen treden. Voorbeelden daarvan zijn onder andere het treffen van de noodmaatregelen ter bescherming van de bodem door gedeputeerde staten (art. 30 Wet bodembescherming), en noodmaatregelen door de commissaris van de koning bij luchtverontreiniging (art. 43 en 48 inzake de Wet inzake de luchtverontreiniging).<sup>57</sup>

Is hier ten onrechte afgezien van het invoeren van een uniforme procedure van inwerkingstelling? Brainich von Brainich Felth meent van wel. Ik ben het daarin grotendeels met hem eens. In veel gevallen werd daarbij door de regering als argumentatie gebruikt dat het om bevoegdheden ging die onmiddellijk in werking zouden moeten worden gesteld. Dat is een

54. Cammelbeeck 1996, p. 767.

55. Brainich is tot dezelfde conclusie gekomen, m.n. vanwege het gebrek aan flexibiliteit als gevolg van de procedure bij het uitroepen van de beperkte noodtoestand. Zie Brainich 2004, p. 46/47.

56. Cammelbeeck 1996, p. 766.

57. Brainich 2004, p. 45.

argument dat slechts beperkte waarde heeft. Men had daar ook kunnen kiezen voor het opnemen van een spoedvoorziening zoals wel vaker in noodwetgeving is geregeld. Een dergelijke spoedvoorziening komt er dan op neer dat de verantwoordelijke minister vooruitlopend op het KB de noodzakelijk geachte bevoegdheden meteen kan uitoefenen. De door de minister te treffen noodmaatregelen vervallen na verloop van een korte periode (week ) tenzij het eerder bedoelde KB inmiddels van kracht is geworden.<sup>58</sup>

Met Brainich von Brainich Felth ben ik het ook eens dat het argument om de noodbevoegdheden van de burgemeester buiten het normale patroon te laten vallen, namelijk omdat het niet zou gaan om uitzonderingssituatie op landelijk schaal, niet erg valide is.<sup>59</sup> Ook de andere noodbevoegdheden hoeven niet steeds op landelijke schaal te worden toegepast. Daar staat tegenover dat de uitoefening van noodbevoegdheden door de burgemeester logischerwijs niet afhankelijk moet worden gemaakt van de inwerkingtreding van een KB op voordracht van de minister-president, en dat aan de ratio van de inwerkingstellingsprocedure ook al enigszins tegemoet wordt gekomen door het feit dat noodverordening niet alleen moeten worden bekendgemaakt, dat de Commissaris van de Koning zo spoedig mogelijk in kennis moet worden gesteld, en dat de raad meteen in zijn eerstvolgende vergadering die noodverordening al dan niet dient te bekrachtigen (art. 176, leden 1-3, Gem.w). Dat neemt niet weg dat hier ter markering van het feit dat gaat om een bijzondere situatie een strakkere verklaringsprocedure vastgelegd zou kunnen worden. Zo laten de beide eerste leden van art. 176 Gem.w de burgemeester wel erg veel ruimte om te bepalen wanneer en op welke wijze hij de noodverordening ter kennis brengt van de raad.

#### 4.3 *Conclusies*

Als we ons beperken tot het nationale noodrecht dan moet worden geconcludeerd dat het Statuut hoognodig aan modernisering toe is; de gebruikte terminologie een de verdere inrichting van de desbetreffende bepaling sporen niet met die van de Grondwet en de daarop gebaseerde noodwetgeving.

De verandering van de noodwetgeving in de jaren negentig van de vorige eeuw beoogde een flexibel systeem te brengen waarmee in geval van nood maatwerk kan worden geleverd. Dat lijkt ook grotendeels gelukt. Op twee punten is echter commentaar mogelijk. Allereerst is het bestaan van de ‘beperkte uitzonderingstoestand’ kwestieus. Nu separate inwerkingtre-

58. Zie bijvoorbeeld art. 3 Rijkswet noodvoorzieningen scheepvaart. Stb. 1974, 144, laatstelijk gewijzigd op 30 september 2010, Stb. 2010, 388. Brainich von Brainich Felth heeft onderzocht waar de regeling van een dergelijke spoedvoorziening aangewezen zou kunnen zijn. Brainich 2004, p. 77.e.v.

59. Voor dit alles Brainich 2004, p. 44-48.

ding van (meerdere) bijhorende bevoegdheden ook mogelijk is zonder de zware procedure van de verklaring en de gaan naar de verenigde vergadering, is het zeer de vraag of de ‘beperkte uitzonderingstoestand wel toegevoegde waarde heeft. Verder zou de flexibiliteit van het noodrecht nog verder kunnen worden bevorderd door, op de plaatsen waar dat dienstig is, een spoedvoorziening op te nemen.

## **5. Sluipend noodrecht?**

### *Inleiding*

Hiervoor is het noodrecht in eigenlijke zin besproken, dat wil zeggen het recht waarmee door inwerkingtreding tijdelijk reguliere bevoegdhedenpatronen worden doorbroken en (grond)rechten worden ingeperkt. De laatste jaren hebben we echter in toenemende mate het verschijnsel kunnen waarnemen dat met een beroep op het kunnen waarborgen van de veiligheid, met name om het hoofd te bieden aan terroristische dreigingen en de financiële crisis, op permanente basis bevoegdheden werden aangepast en grondrechten werden beperkt. Nu kan men uiteraard over nut en noodzaak van deze wetgeving twisten, maar daar is het mij in deze bijdrage niet om te doen. Ik wil vooral aandacht vragen voor het feit dat bij deze, wat ik zou willen noemen ‘sluipende noodwetgeving of -maatregelen’ met enige regelmaat een of meerdere uitgangspunten die bij het eigenlijke noodrecht worden gehanteerd niet of nauwelijks in acht werden genomen. In het licht van eisen van de democratische rechtsstaat vraagt dit ‘sluipend noodrecht’ bijzondere aandacht. Hieronder bespreek ik een aantal voorbeelden. Naar volledigheid is niet gestreefd.

### *5.1 Openbare orde en veiligheid*

Loof sprak in zijn preadvies voor de Staatsrechtconferentie 2007 al zijn bezorgdheid uit over het feit dat in de aanhangige wetgeving ten behoeve van de openbare orde en veiligheid de bescherming van grondrechten sterk onder druk kwam te staan door een toenemend beroep op ruime, algemene bevoegdheden tot grondrechtenbeperking.<sup>60</sup> Samen met De Jong heb ik hier nader onderzoek naar gedaan. We concludeerden dat de proportionaliteit en subsidiariteit van een aantal nieuwe bevoegdheden op het genoemde terrein discutabel was, en dat er maar zelden een evaluatiebepaling of

60. J.P. Loof, Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces, in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten, Preadviezen Staatsrechtconferentie 2007*, Nijmegen Wolf Legal Publishers 2008, p. 114-120.

horizonbepaling in de desbetreffende wetgeving was opgenomen.<sup>61</sup> Hierna volgt een viertal voorbeelden op het gebied van de handhaving van de openbare orde.

De mogelijkheid tot bestuurlijke ophouding werd in de Gemeentewet opgenomen (art. 154a en 176a) om een extra instrument in handen te hebben ter bestrijding van gevreesde grootschalige ordeverstoringen ter gelegenheid van Europees Kampioenschap voetbal dat in 2000 in België en Nederland werd gehouden. Deze bevoegdheid is zeker in het licht van art. 5 EVRM zeer dubieus, omdat hiermee vrijheidsbeneming mogelijk wordt gemaakt zonder dat de betreffende persoon een delict heeft gepleegd en zonder dat de intentie bestaat om de betrokkene aan de rechter voor te geleiden. In de praktijk is de bevoegdheid een hoogst enkele keer gebruikt, en dan ook nog op een verkeerde manier. Dat heeft deels te maken met de omslachtigheid van de te volgen procedure, die op zijn beurt weer wordt veroorzaakt door het feit dat de bevoegdheid in het licht van het voorgaande zeer omstreden is.<sup>62</sup>

Met de wijziging van art. 13b van de Opiumwet in 2007 heeft de burgemeester o.a. de mogelijkheid om ingeval van het aanwezig hebben of handelen in verdovende middelen woningen (preventief) te sluiten. Het artikel stelt geen nadere voorwaarden aan de uitoefening van de deze bevoegdheden, hetgeen de bepaling vooral vanwege de proportionaliteitseis van art. 8 EVRM omstreden maakt.

In 2010 werd van kracht de Wet Maatregelen Bestrijding voetbalvandalisme en Ernstige overlast.<sup>63</sup> Deze wordt meestal aangeduid als de ‘Voetbalwet’, maar dat is misleidend, want deze wet geeft bevoegdheden voor een veel breder terrein. Zo geeft deze wet ook buiten voetbalperikelen de burgemeester de bevoegdheid om in geval van verstoring van de openbare orde, of ernstige vrees daarvoor, personen een gebiedsverbod, een groepsverbod of een meldingsplicht op te leggen (art. 172a Gem.w). De overlast veroorzaakt door jonge kinderen, de zogenaamde 12-minners, kan nu op basis van art. 172b Gem.w worden aangepakt door burgemeesterlijke bevelen te geven aan degenen die het (ouderlijk) gezag uitoefenen over deze minderjarigen, bijv. om ervoor te zorgen dat deze kinderen zich niet op bepaalde tijden ergens bevinden, dan wel überhaupt op bepaalde plaatsen

61. M.A.D.W. de Jong en H.R.B.M. Kummeling, De teloorgang van de Tweede Kamer als medewetgever, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving* (Kortmannbundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 83 e.v. Een deel van de navolgende beschouwingen is hieraan ontleend.

62. Vgl. R. Nehmelman 2013 (T & C Gemeente en Provinciewet), art. 154a Gem.w., aant. 1.

63. Wet van 7 juli 2010, Stb. 2010, 325.

komen. Uit een recent rapport van de Inspectie Veiligheid en Justitie blijkt dat deze bevoegdheid niet wordt toegepast, omdat gemeenten vinden dat deze maatregel erg ingrijpend is en dat er andere middelen zijn die effectiever werken. Zo stellen gemeenten “vast dat kinderen die eventueel in aanmerking zouden komen voor een 12-minnersmaatregel, vaak uit een probleemsituatie komen. Dit vergt een andere aanpak waarbij zorg- en hulpverleningstrajecten in hun ogen betere oplossingen zijn.”<sup>64</sup>

Kort<sup>65</sup> wijs ik nog even op de Wet veiligheidsregio's, die eveneens in 2010 van kracht werd.<sup>66</sup> Deze veroorzaakt met name in art. 39 ook aanzienlijke bevoegdheidsverschuivingen. Zo worden daarin de noodbevoegdheden van de burgemeester in geval van een ramp of crisis van meer dan plaatselijke betekenis, of van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, toegekend aan de voorzitter van de veiligheidsregio (de burgemeester die korpsbeheerder is van de regio). Dat geldt ook voor de bevoegdheden die de burgemeester heeft ingevolge de artikelen 5 t/m 9 van de Wet openbare manifestaties. Over nut en noodzaak van deze wet wil ik het niet hebben. Het functioneren van de wet is onlangs uitvoerig geëvalueerd.<sup>67</sup> Wel wil ik wijzen op het fenomeen dat in de kabinetsreactie op het evaluatierapport eufemistisch werd omschreven als: “De opgedane ervaringen laten zien dat er op het gebied van de inhoudelijke betrokkenheid van gemeenteraden winst te behalen valt.”<sup>68</sup> Geheel verrassend is deze conclusie natuurlijk niet, nu de lokale volksvertegenwoordigingen geen rechtstreekse relatie onderhouden met de voorzitter van de veiligheidsregio. De voorzitter legt verantwoording af aan het algemeen bestuur, bestaande uit de burgemeesters van de deelnemende gemeenten, en die leggen op hun beurt weer verantwoording af over hun optreden in het algemeen bestuur aan de gemeenteraad.<sup>69</sup> Een recept voor ruis, dat natuurlijk in tijden van nood de volksvertegenwoordiging op achterstand plaatst.

## 5.2 *Terrorismebestrijding*

Met het oog op terrorismebestrijding is ook een aantal ingrijpende bevoegdheden ingevoerd, en een aantal uiteindelijk gelukkig ook niet. Om

64. Zie het Inspectierapport Wet Maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast, Toepassing in de praktijk 2012, Den Haag mei 2012, p. 8.

65. Vooral omdat dit meer het domein is van mede-*pre*adviseur Muller.

66. Wet van 11 februari 2010, Stb. 145.

67. Eindrapport van de Evaluatiecommissie Wet veiligheidsrisico's en het stelsel van Rampenbestrijding en crisisbeheersing van 18 september 2013.

68. Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 22 november 2013, kenmerk 455450, p. 2.

69. Zie R.J.M.H. de Greef, *De Veiligheidsregio's: verlengd lokaal bestuur of toch functioneel bestuur?*, *De Gemeentestem* 2009 (7374), nr. 97, p. 449-457.

met dat laatste te beginnen: in 2005 werd een wetsvoorstel getiteld ‘Regels inzake het opleggen van beperkende maatregelen aan personen met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid en inzake het weigeren of intrekken van beschikkingen met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid (Wet Bestuurlijke Maatregelen nationale veiligheid)’ ingediend.<sup>70</sup> Met deze wet zou het voor de minister van Binnenlandse Zaken onder andere mogelijk worden gemaakt om een gebiedsverbod uit te vaardigen voor een persoon. Ook een verbod om zich op te houden in de buurt van een persoon behoorde tot het arsenaal van instrumenten, alsmede een meldingsplicht. Het wetsvoorstel was zwaar omstreden, niet alleen omdat de grens met strafrechtelijke maatregelen uiterst schimmig dreigde te worden, en waarborgen van het strafrecht (o.a. rechterlijke toetsing) buiten beeld verdwenen, maar ook omdat er ernstige bedenkingen waren ten aanzien van de proportionaliteit van de inzet van deze bevoegdheden.<sup>71</sup> Desalniettemin werd het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen, maar na jaren gebungeld te hebben in de Eerste Kamer werd het uiteindelijk in 2010 ingetrokken.

Een aantal strafrechtelijke wetten ten behoeve van terrorismebestrijding is wel van kracht geworden. Het gaat daarbij in het bijzonder om de Wet terroristische misdrijven, de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven en de Wet afgeschermd getuigen, de Wet strafbaarstelling deelname en meewerken aan training voor terrorisme.<sup>72</sup>

Door de Commissaris voor de Rechten van de Mens, door VN-comités en door Nederlandse onderzoekers zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij een aantal de mensenrechtelijke aspecten van deze wetgeving, o.a. ten aanzien van de proportionaliteit en de schending van het recht op verdediging.<sup>73</sup>

Mijn meer staatsrechtelijke blik werd in het bijzonder getrokken door het Antiterrorismebesluit van 14 december 2005.<sup>74</sup> Het gaat hier om een klein KB dat formeel wordt aangeduid als het ‘Besluit houdende tijdelijke herindeling van ministeriële taken in geval van een terroristische dreiging met

70. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 566.

71. Vgl. E.R. Muller e.a., *Bestuur, recht en veiligheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 192; C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, *Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?*, NJB 2006, p. 2522-2530; P.H.P.H.M.C. van Kempen en J. van der Voort, *Nederlandse antiterroriseregeling* getoetst aan fundamentele rechten, Nijmegen: Radbouduniversiteit/WODC 2010.

72. *Stb.* 2009, 245.

73. Meer hierover in de vorige voetnoot genoemde publicatie van Van Kempen en Van der Voort. Ik laat de bespreking ervan achterwege omdat deze thematiek meer in het expertisedomein van mijn mede-adviseur Keulen ligt.

74. *Stb.* 2005, 662.

een urgent karakter'. Bijzonder is dat middels dat besluit de minister van Justitie (toen nog zo geheten) een aantal bevoegdheden van andere ministers krijgt toebedeeld "voor zover onverwijld uitoefening daarvan noodzakelijk is om maatregelen te nemen ter voorkoming van een terroristisch misdrijf als bedoeld in art 83 van het Wetboek van Strafrecht of om op voorhand de gevolgen daarvan te beperken en indien overleg of overeenstemming over die maatregelen tussen Onze Minister van Justitie en die andere minister niet mogelijk is binnen de beschikbare tijd." De bevoegdheden die de minister van Justitie dan ingevolge dit besluit kan uitoefenen zijn talrijk en ingrijpend. Het gaat daarbij globaal genomen om bijzondere bevoegdheden voor de beveiliging van kerncentrales, waterleiding, havens en telecommunicatie en het organiseren van verschillende diensten, o.a. de politie, brandweer, krijgsmacht. Ook kan de minister aanwijzingen geven aan de Commissaris van de Koning en de burgemeester. Ook krijgt hij de bevoegdheid om asielzoekers, waaronder vluchtelingen, aan de grens te weigeren.

Terecht heeft Roorda aandacht gevraagd voor dit bijzondere KB.<sup>75</sup> Dat daarbij een eenhoofdige leiding wordt geïntroduceerd, is niet opmerkelijk. Dat is karakteristiek voor heel wat noodwetgeving; tijden van nood lenen zich nu eenmaal niet voor uitvoerig overleg, terwijl in normale tijden juist een zekere spanning tussen bestuursorganen (ministers), en dus de noodzaak tot overleg, zeer gewenst is met het oog op het realiseren van de noodzakelijke checks and balances.

De aandacht gaat hier meer uit naar de grondslag van dit KB. In de aanhef van het KB wordt de grondslag gezocht in artikel 44 Gw. Dat artikel gaat over de instelling van ministeries. Weliswaar wordt dit ook gebruikt om ter gelegenheid van kabinetsformaties bij KB taken en bevoegdheden over ministeries te (her)verdelen, maar met Roorda ben ik het eens dat deze grondwetsbepaling geen grondslag biedt voor zo een ingrijpende bevoegdheidsverschuiving, waarbij – anders dan bij kabinetsformaties – de checks and balances wezenlijk worden verstoord, het parlement er niet aan te pas is gekomen en grondrechten kunnen worden beperkt.<sup>76</sup>

Wat zou dan wel de grondslag kunnen zijn? In de grondwettelijke uitzonderingstoestanden en de daarop gebaseerde wetgeving kan ze ook niet worden gevonden. De grondslag kan ook niet worden gevonden in een zelfstandige algemene maatregel van bestuur ex art. 89, eerste lid, Gw. Daarvoor zijn volgens klassieke jurisprudentie de toegekende bevoegdheden te ingrijpend.<sup>77</sup> Wellicht, zo suggereert Roorda, zou aansluiting hebben

75. C. Roorda, Noodbevoegdheden van Minister van Justitie zijn onrechtmatig, RM Themis 2009, p. 139-144 (hierna: Roorda 2009).

76. Roorda 2009, p. 142.

77. Waarschijnlijk en hopelijk geheel ten overvloede: HR 22 juni 1973, Fluoridering, NJ 1973, 386.

kunnen worden gezocht bij – wat ik maar even genoemd heb – de regeling voor de ‘zeer beperkte uitzonderingstand’, namelijk dat er een aankondiging is bij KB, waarna er zo spoedig mogelijk een ‘verlengingswetsvoorstel’ bij de Tweede Kamer zou hebben moeten liggen. Dat is echter ook niet gebeurd. In arren moede moet met dan hier wellicht de conclusies trekken dat de (rechtmatige) grondslag van dit KB moet worden gevonden in het *ongeschreven* staatsnoodrecht.<sup>78</sup>

Ten slotte nog even aandacht voor een heel bijzondere bevoegdheid, namelijk die van het uit de lucht schieten van civiele vliegtuigen. In de nasleep van 9/11 werd deze bij ministeriële regeling ingevoerd.<sup>79</sup> De wettelijke basis die daarvoor werd aangegeven was art. 59 Politiewet. Deze bepaling geeft grofweg aan dat indien regionale en landelijke politiediensten alsmede de Koninklijke Marechaussee onvoldoende bijstand kunnen verlenen in het kader van de uitoefening van politietaken, bijstand kan worden verleend door onderdelen van de Nederlandse krijgsmacht. Nu kan men sowieso al twijfels hebben over de vraag of art. 59 Politiewet een basis kan bieden voor bevoegdheden, aangezien de bepaling eigenlijk alleen maar gaat over feitelijke inzetmogelijkheden, maar aangezien het hier gaat om een zeer ingrijpende bevoegdheid, namelijk het doden van mensen, is deze bevoegdheidsgrondslag helemaal dubieus. Saillant is dat het Bundesverfassungsgericht in dezelfde periode oordeelde dat een vergelijkbare Duitse maatregel in strijd was met het in het Grundgesetz beschermde recht op leven en de menselijke waardigheid.<sup>80</sup>

### 5.3 *Financiële crisis*

De recente financiële crisis heeft ons veel nieuwe (interventie)wetgeving en maatregelen gebracht. Het zou te ver voeren om deze allemaal te bespreken. Een paar saillante elementen licht ik eruit.

In 2008 werd een wijziging van de Wet op het financieel toezicht van kracht waarin de toezichthouders AFM en DNB ‘voor bijzondere omstandigheden’ ingrijpende regelgevende bevoegdheden zijn toegekend, en ook nog eens het handhavingsregime indringend is aangepast, namelijk van strafrechtelijk naar bestuursrechtelijk (sneller, eenvoudiger<sup>81</sup>). Wat ‘bijzondere omstandigheden’ zijn blijft uiterst vaag, terwijl de voorschriften

78. Roorda 2009, p. 143

79. Regeling bijstand luchtvaartterrorisme, Stcrt. 29 april 2005, nr. 83, p. 17.

80. Uitvoerig hierover R. Nehmelman, License to kill? Over de rechtmatigheid van een extreme anti-terreurmaatregel, NJCM-Bull. 2007, p. 972 e.v.

81. L.J.J. Rogier, De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht, VAR-preadvies, nr. 138, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

betrekking kunnen hebben op de eveneens redelijk onbestemde noties als ‘stabiele van de financiële sector’ en ‘de bevordering van ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen.’ De AFM heeft vervolgens ook de bevoegdheid gekregen om het ‘verbod op marktmanipulatie’ in te vullen. Gelet op de vaagheid van deze terminologie is dat op zich geen overbodige luxe, maar Doornbos wijst er terecht op dat daardoor plotseling voorheen geaccepteerd gedrag kan worden gecriminaliseerd, waarbij de wet het zelfs mogelijk maakt om dat met terugwerkende kracht te doen, in dit geval tot 1 januari 2007.<sup>82</sup>

Doornbos vraagt zich terecht af waarom hier niet gekozen is voor aanpassing van de Noodwet financieel verkeer, maar voor de aanpassing van de reguliere Wet op het financieel toezicht.<sup>83</sup> Immers, nu hebben de toezichthouders allerlei ingrijpende bevoegdheden gekregen die niet of nauwelijks geclausuleerd zijn waarbij het risico ontstaat dat ze ook in rustiger tijden worden toegepast.

Opmerkelijk is verder dat deze wetswijziging in een echt crisistempo werd ingevoerd; op 1 oktober werd zij ingediend en op 11 oktober werd zij van kracht. Er waren geen opmerkingen of vragen in de schriftelijke verslagen van beide kamers, en de mondelinge gedachtewisseling was zeer beperkt.<sup>84</sup>

In het bovenstaande voorbeeld was nog sprake van parlementaire betrokkenheid bij de besluitvorming volgens de gebruikelijke procedures, zij het dat deze met spoed werden afgewikkeld.. Van parlementaire betrokkenheid was niet of nauwelijks sprake bij de besluiten die de regering heeft genomen ter bestrijding van de bankencrisis in 2008 en de schulden crisis eind 2009. De getroffen maatregelen zijn te talrijk en te complex om ze hier te kunnen beschrijven. Ze zijn allemaal terug te vinden in de uitvoerige rapportage van de parlementaire enquêtecommissie inzake het Financieel Stelsel.<sup>85</sup> Drie zaken wil ik hier vooral bespreken, namelijk de uitholling van het parlementaire budgetrecht en het daarmee samenhangende inlichtingenrecht, alsmede het niet gebruiken van de ‘crisisvoorziening’ van art. 97 Comptabiliteitswet (Cw).

Het budgetrecht is een oud en cruciaal recht van het parlement. Via de goedkeuring van de begroting stelt de volksvertegenwoordiging financieel grenzen aan het te voeren beleid, en bepaalt zij mede voor welke beleidsdoelen de ter beschikking gestelde middelen kunnen worden ingezet. De

82. D.R. Doornbos, Crisiswetgeving: blanco cheque voor toezichthouders, NJB 2008, p. 2361.

83. En de inwerkingtreding daarvan, mag ik aannemen.

84. Idem, p. 2360.

85. Ook bekend als de Commissie-De Wit. Zie met name het eindrapport van 11 april 2012 van deze commissie ‘Verloren krediet II – De balans opgemaakt’, *Kamerstukken II* 2011/12, 31 980, nr. 61.

desbetreffende machtiging wordt eens per jaar gegeven bij formele wet (art. 105 Gw). Als tussentijds blijkt dat de beschikbaar gestelde bedragen niet voldoende zijn, dan dienen zij te worden geautoriseerd bij suppletore begrotingswet (art. 14 en 15 Cw). Het tijdig indienen en vaststellen van dergelijke wetten blijkt echter lastig te zijn, vandaar dat men zich in de praktijk als sinds jaar en dag behelpt met wat wel genoemd wordt het ‘materiële budgetrecht’; beleidsaanpassingen en hun financiële consequenties worden per brief of nota vooraf aangekondigd, waarmee zoveel mogelijk wordt voorkomen dat het parlement voor voldongen feiten wordt geplaatst.<sup>86</sup> Gaat het parlement (stilzwijgend) akkoord, dan wordt daarmee het budgetrecht in materiële zin uitgeoefend.<sup>87</sup> Blijkt aan het eind van het jaar dat er sprake was van niet door het parlement geautoriseerde uitgaven, dan zal er veelal sprake zijn van een onrechtmatigheid die alleen via een indenniteitswet (art. 88, 89 Cw) kan worden opgeheven.

In 2008 heeft het kabinet de Tweede Kamer over een aantal crisisuitgaven geïnformeerd, maar over een aantal ook niet, waaronder de deelname in, en de uiteindelijke overname van, Fortis/ABN AMRO.<sup>88</sup> Daarmee samenhangend werd de actieve plicht tot het verschaffen van inlichtingen aan de kamers ex art. 68 Gw geschonden. Vanzelfsprekend ging het hier om precare informatie, maar daar bestaat al sinds jaar en dag een oplossing voor, te weten vertrouwelijk informeren van de kamer.<sup>89</sup> Opmerkelijk genoeg lijkt de Commissie-De Wit nog wel enig begrip te hebben voor het niet tijdig informeren in deze situatie. Zij beklaat zich vooral over het feit dat er achteraf geen volledige openheid van zaken werd gegeven. Wel komt de Commissie tot het eufemisme dat de genomen maatregelen het budgetrecht en het inlichtingenrecht “de positie van het parlement ernstig onder druk” hebben gezet.<sup>90</sup>

In de literatuur wordt nog aandacht gevraagd voor een ander aspect van de genomen maatregelen. Men kan uiteraard begrip hebben voor het feit dat i.c. geen gebruik is gemaakt van de procedure van art. 34, lid 5, Cw die voorschrijft dat bij deelneming in vennootschappen het voornemen daartoe

86. H.G. Warmelink, *Parlement en begroting*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1993, p. 264.

87. Zie M. Diamant en M.L. van Emmerik, *Parlementair budgetrecht onder vuur?*, NJB 2011, p. 1943 (hierna: *Diamant/Van Emmerik 2011*), en M. Diamant en M.L. van Emmerik, *Het Nederlandse budgetrecht in Europees perspectief*, Tijdschrift voor Constitutioneel recht 2013, i.h.b. p. 95-100.

88. Eindrapport Commissie-De Wit, p. 56. Terzijde kan nog worden opgemerkt dat de Algemene Rekenkamer in haar Jaarverslag 2008 constateerde dat in het kader van de kredietcrisis de minister van Financiën voor € 23,3 miljard aan onrechtmatige uitgaven had gedaan. Waarom de Rekenkamer vervolgens niet aankoerste op een indenniteitsprocedure is mij nog steeds een raadsel. Zie P.P.T. Bovend'Eert/H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement, elfde druk*, Deventer: Kluwer 2010, p. 339-340.

89. Vgl. H.R.B.M. Kummeling, *Relatieve geheimhoudingsplichten (oratie Utrecht)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1997, p. 11-12.

90. Eindrapport Commissie-De Wit, p. 56.

moet worden medegedeeld aan de Staten-Generaal en daar 30 dagen, zoals dat heet, moet ‘voorhangen’.<sup>91</sup> Opmerkelijk is wel dat geen gebruik is gemaakt van de noodvoorziening van art. 97 Cw. Daarmee kan in ‘buitengewone omstandigheden’ afgeweken worden van o.a. deze wet. Het voordeel is dan wel dat de via de bekendmaking per KB en de onverwijld indiening van het verlengingswetvoorstel het parlement op de hoogte wordt gebracht van het besluit. Minister Bos liet weten dat naar zijn oordeel art. 97 Cw alleen van toepassing is indien het land onbestuurbaar is of dreigt te worden.<sup>92</sup> Waar hij deze opvatting op baseert, is onduidelijk. Met Diamant en Van Emmerik ben ik het eens dat er veel voor te zeggen is dat de bedreiging van vitale staatsbelangen, zoals de economische veiligheid, ook aanleiding kan vormen voor de noodprocedure van art. 97 Cw. Ook dan vormt de betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging een belangrijke waarborg.<sup>93</sup>

De kwestie had opnieuw aan de orde kunnen komen toen in 2010 besloten werd tot deelname aan een noodfonds waarmee binnen het kader van de Europese Unie steunmaatregelen voor aan de schulden crisis ten onder gaande landen te financieren. De Nederlandse bijdrage bedroeg € 26 miljard aan garanties. Onderdeel van de Europese maatregelen was de oprichting van European Financial Stability Facility (EFSF), een private onderneming die de leningen zou gaan verstrekken aan de landen in financiële nood. Bij deelname aan deze onderneming had ook de spoedprocedure van art. 97 Cw kunnen worden, maar dat gebeurde niet. Diamant en Van Emmerik suggereren dat minister De Jager het klaarblijkelijk voldoende vond dat de Tweede Kamer eerder goedkeuring had gegeven aan deelname in alle programma’s die door het EFSF zouden worden aangegaan.<sup>94</sup>

Mede naar aanleiding van het kritische commentaar van de Commissie-De Wit, die oordeelde dat de overheid maar beperkt voorbereid was op een systeemcrisis, met name dat er een gebrek aan beleidsinstrumentaria was om de benodigde maatregelen snel te kunnen nemen, is de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen tot stand gebracht. Deze wet, veelal kortweg aangeduid als ‘Interventiewet’, trad in 2012 in werking.<sup>95</sup> In de kern<sup>96</sup> bevat deze wet twee nieuwe noodbevoegdheden voor de minister

91. Zie P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, Staatssteun en kredietcrisis, NJB 2008, p. 2625-2626.

92. *Handelingen II* 2008/09, 31 371, 8 oktober 2008, p. 11-743.

93. Diamant/Van Emmerik 2011, p. 1945.

94. *Idem*, p. 1947-1948

95. Stb. 2012, 241.

96. Vgl. bijv. V.P.G. de Serrière, Als de stille noodklok luidt... Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van de stabiliteit in de financiële sector, *Ondernemingsrecht* 2012/2 en W.J.M. Kalkman, J.J. Rijkels en R. Tielenburg, Interventie door DNB en Financiën bij verzekeraars in nood, *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2012/43.

van Financiën. Allereerst is er de mogelijkheid gecreëerd voor het treffen van een onmiddellijke voorziening zoals het verschaffen van een kapitaalinjectie of een staatsgarantstelling aan een systeembank. De tweede bevoegdheid betreft de (gedeeltelijke) nationalisatie van een systeembank. Daniëls heeft forse, en m.i. terecht kritiek laten horen op deze wet. De kern van haar bezwaren komt eigenlijk hierop neer dat de gebruikelijke begrenzingsen aan noodrecht niet in acht zijn genomen. Met name dat de Tweede Kamer niet vooraf wordt geïnformeerd en niets te zeggen heeft over de uitoefening van deze noodbevoegdheden, maar ook dat de minister zijn maatregelen niet hoeft te verantwoorden in het licht van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit is haar een doorn in het oog. Volgens haar zou het daarom de voorkeur verdienen om art. 97 Cw als basis te nemen voor degelijke maatregelen. Wel zou dan de huidige comptabele regeling uitgebreid moeten worden met een spoedvoorziening. De minister kan dan direct en op transparante wijze interveniëren in de financiële sector en zal dan moeten aantonen dat zijn interventiebesluit proportioneel en subsidiair is. Bovendien behoudt de Tweede Kamer haar controle-instrumenten ten aanzien van de interventiebesluitvorming zelf, en niet slechts ten aanzien van de inlichtingen daaromtrent.”<sup>97</sup> Ik ben het met haar eens.

#### 5.4 Conclusies

Zoals aangekondigd, is het hiervoor beschreven overzicht van recente noodregelgeving noodmaatregelen verre van volledig.<sup>98</sup> Het vormt slechts een illustratie van datgene wat er de afgelopen jaren naar mijn oordeel is gebeurd: met een beroep op enigerlei vorm van noodsituatie zijn bevoegdheden gecreëerd of rechten ingeperkt zonder dat de gebruikelijke grenzen voor noodrecht in acht zijn genomen. Het zij nogmaals gezegd: mij is het er niet om te doen om de noodzakelijkheid van bepaalde inhoudelijke besluiten op het moment waarop ze werden genomen te bestrijden. Het zou zeker kunnen zijn dat ze gegeven tijd, plaats en omstandigheden noodzakelijk waren. Maar tegelijkertijd laat zich de vraag stellen of deze constructies wel moesten worden gerealiseerd buiten de gebruikelijke waarborgen van het noodrecht om. Had de bestuurlijke ophouding niet als tijdelijke noodvoorziening kunnen worden gerealiseerd? Was de invoering van art. 172b Gem.w ten aanzien van de 12-minners wel nodig, nu zij nimmer wordt toegepast? In zijn algemeenheid kan zelfs de vraag worden gesteld of de toedeling van enorme hoeveelheden specifieke bevoegdheden

97. S. Daniëls, De staatsnoodrechtelijke hiaten van de Interventiewet, NJB 2012, p. 1779-1784, i.h.b. de laatste pagina.

98. In de bijdragen van mijn collega-preadviseurs zullen vast nog vele andere voorbeelden te vinden zijn.

aan de burgemeester ter handhaving van de openbare orde en veiligheid wel zo verstandig is geweest.<sup>99</sup> Ook de burgemeesters hebben hierbij vraagtekens geplaatst.<sup>100</sup> Men lijkt door de vele bomen het zicht op het bos te zijn kwijtgeraakt. Had men niet kunnen volstaan met het gebruik van tijdelijk werkende noodmaatregelen?, zo wordt ook in de praktijk wel aangegeven.<sup>101</sup>

De proportionaliteit en subsidiariteit van veel ‘sluipend noodrecht’, zoals dat hiervoor is beschreven, is voor discussie vatbaar, maar wellicht is nog wel belangrijker dat de voornaamste controleur van deze beginselen, het parlement, buiten spel is gezet, of zich buiten spel heeft laten zetten. Dat betreft een schuldvraag die zich moeilijk laat beantwoorden, en die ik ook niet wil beantwoorden.

Hoe dan ook, het resultaat van dit alles is dat gaandeweg zeer veel ingrijpende bevoegdheden permanent in onze rechtsorde zijn verankerd. Paradoxaal genoeg lijkt in aantal gevallen het willen voldoen aan het rechtsstatelijke legaliteitsbeginsel juist tot een uitholling van de democratische rechtsstaat<sup>102</sup> te hebben geleid in die zin dat er ruime bevoegdheden zijn toegekend aan de uitvoerende macht, die vervolgens minder gecontroleerd wordt of kan worden.<sup>103</sup> In dat licht bezien lijkt het me waardevol om nog eens goed te kijken naar de inzet van het ‘echte’ of ‘klassieke’ noodrecht.

## **6. Wijziging van de Grondwet**

Er is een aantal redenen waarom wijziging van art. 103 van de Grondwet gewenst lijkt. Zoals eerder aangegeven bevat de tekst gedateerde formuleringen. Dat geldt in het bijzonder voor de vermelding van de ‘uit- en inwendige veiligheid’. Zoals eerder aangegeven is deze aanduiding betekenisloos geworden; de ‘moderne’ crises hebben weinig meer te maken met de klassieke oorlogen of interne oproer. Tegelijkertijd lijkt deze formulering, en nog een aantal andere elementen van het grondwetsartikel (waarover later meer) er mede voor te zorgen dat zelden gebruik wordt

99. Vgl. A.H.M. Dölle, Burgemeester in de branding, *Tijdschrift voor Constitutioneel recht* 2010, p. 143.

100. M.A.D.W. de Jong, De burgemeester als misdaadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht?, in: L.J.J. Rogier e.a., Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme, VAR-reeks 138, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 62.

101. Zie het Inspectierapport Wet Maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast, Toepassing in de praktijk 2012, Den Haag mei 2012, p. 80.

102. Uitbreider over dit fenomeen O. Gross, Extra-Legality and the Ethic of Political Responsibility, in: V.V. Ramraj (ed.), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press 2008, p. 62.

103. Zie ook De Wilde 2013, p. 17-20.

gemaakt van de uitzonderingstoestanden, en de daar achter geregelde noodbevoegdheden omdat, in de woorden van Hennekens, de regering terugdeinst voor het psychologisch effect ervan.<sup>104</sup> In lijn met dit effect ligt het hiervoor gegeven misverstand van minister Bos, die van oordeel was dat voor de toepassing van de noodbevoegden uit de Comptabiliteitswet alleen maar plaats zou zijn als het land onbestuurbaar is of dreigt te worden. Ook Brainich von Brainich Felth concludeert dat de drempels voor de toepassing van het 'klassieke noodwetgeving' onnodig hoog zijn, en dat daardoor een barrière wordt opgeworpen tegen daadwerkelijk en gedoseerd en flexibel optreden.<sup>105</sup>

Naar mijn oordeel zijn er (psychologische) drempels op een aantal vlakken. Ten eerste is er het misverstand dat het 'klassieke noodrecht' alleen maar kan worden toegepast bij een grootschalige diep ingrijpende crisis, en als het dan al toegepast wordt dat dan de bevolking meteen in rep en roer is. Verder is er de angst dat het niet flexibel genoeg is omdat de gang naar de Staten-Generaal moet worden gemaakt en het zelden ingeschakelde instituut van de verenigde vergadering een oordeel moet vellen. En ten slotte schuilt m.i. een drempel in de opvatting dat het bij dit type noodrecht steeds gaat om zeer ingrijpende bevoegdheden. Problematisch gevolg hiervan is in mijn ogen dat er de afgelopen jaren daadwerkelijk diep ingrijpende bevoegdheden in reguliere wetgeving zijn neergelegd waardoor de rechtsorde permanent is veranderd, dan wel dreigt te veranderen. Bij de toepassing van klassiek noodrecht zou dat waarschijnlijk niet het geval zijn geweest. In ieder geval zou dat ertoe geleid hebben dat er op gezette tijden een bezinning zou hebben plaatsgevonden op vraag of de feitelijke toestand nog wel het bestaan van de desbetreffende bevoegdheden rechtvaardigde.

Het is om die redenen dat ik een wijziging van de Grondwet aangewezen acht. Om de gedachtevorming hierover zo scherp mogelijk te krijgen, lever ik hierbij een proeve van een tekst met een toelichting.

#### *Proeve van een nieuw artikel 103 Grondwet*

- 1. De overheid is bevoegd om in geval van nood maatregelen te treffen die afwijken van het in normale omstandigheden geldende recht, mits deze maatregelen geboden zijn ter bescherming van de aan de zorg van de overheid toevertrouwde belangen.*
- 2. Voor voorzienbare gevallen wordt bij wet de inzet van noodmaatregelen geregeld.*
- 3. Indien voorafgaand overleg niet mogelijk is, of het belang van de staat zich daartegen verzet, wordt de inwerkingtreding van een noodmaat-*

104. H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare orderecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 15.

105. Brainich 2004, p. 243.

*gel terstond medegedeeld aan het desbetreffende algemeen vertegenwoordigende orgaan. Indien de noodmaatregel algemeen verbindende voorschriften bevat, beslist het algemeen vertegenwoordigend orgaan zo spoedig mogelijk over hun bekrachtiging.*

4. *Na de afkondiging van een algemene noodtoestand beslissen de Staten-Generaal over het voortduren daarvan. Zij beraadslagen en besluiten ter zake in verenigde vergadering.*
5. *In geval van nood kan niet worden afgeweken van de artikelen 1, 6, eerste lid, en 114.*
6. *Noodmaatregelen gelden tijdelijk en gaan niet verder dan de nood rechtvaardigt.*

### *Toelichting*

#### *Lid 1*

Met deze formulering wordt erkend dat noodrecht soms nodig is. Mede gelet op het tweede lid wordt hier een grondwettelijke basis verschafte voor noodrecht dat niet reeds is gecodificeerd. Daarmee hoeft niet in voorkomende gevallen een beroep te worden gedaan op ongeschreven 'subjectief' (staats)noodrecht. In de literatuur is alom erkend dat in geval van nood de overheid gehouden én bevoegd is tot optreden op basis van het principe 'nood breekt wet'. Mij lijkt het nuttig om dat dan ook maar ruiterlijk te erkennen en te verankeren in ons belangrijkste staatsdocument.

De formulering van het eerste lid is vrijwel letterlijk ontleend aan Kortmann,<sup>106</sup> die op zijn beurt weer is geïnspireerd door Van den Bergh.<sup>107</sup> Terwijl Kortmann met deze formulering vooral het ongeschreven staatsnoodrecht wilde omschrijven, lijkt mij zijn formulering ook uitermate geschikt om de algemene bevoegdheidsgrondslag te bieden voor overheidsoptreden ingeval van (staats)nood.<sup>108</sup>

Nadrukkelijk is hier de term 'overheid' gebruikt omdat ook decentrale overheden soms noodmaatregelen dienen te nemen. Daarbij kan uiteraard in het bijzonder worden gedacht aan burgemeester bij de handhaving van de openbare orde. Het is niet de bedoeling dat dat ieder willekeurig overheidsorgaan noodmaatregelen kan treffen. Het gaat uiteraard om overheidsorganen wier bevoegdheden normaliter ook al zijn gegeven ter behartiging van vitale overheidsbelangen, zoals besproken in paragraaf 2.

106. C.A.J.M. Kortmann, Iets over staatsnoodrecht, *Militair Rechterlijk Tijdschrift* 1984, p. 184. Het belangrijkste verschil is dat ik uit zijn formulering het werkwoord 'kunnen' na 'geboden' heb geschrapte. Dat zou wat mij betreft teveel discretionaire ruimte laten aan de overheid.

107. G. van den Bergh, *Staatsnoodrecht en toetsingsrecht*, in: *Verzamelde staatsrechtelijke opstellen*, Alphen a/d Rijn: N. Samsom N.V. 1955, p. 26.

108. Vgl. Kortmann 2012, p. 182.

Daarbinnen gaat het dan om de ‘meest gerede’ overheid, dat wil zeggen het overheidsorgaan dat gelet op ernst en omvang van de nood het meest toegerust is om de problematiek aan te pakken. Uit het samenstel van de artikelliden moet ook afgeleid worden dat het om overheidsorganen gaat die in een rechtstreekse relatie staan tot een volksvertegenwoordiging. Zelfstandige bestuursorganen kunnen dus ingevolge het voorgestelde artikelid geen noodmaatregelen treffen.

*Lid 2*

Uiteraard is het niet ‘anything goes’. De wetgever zal zoveel mogelijk de voorzienbare gevallen moeten doordenken, bevoegdheden moeten klaarzetten en zorgvuldige procedures moeten bepalen waarmee deze in werking kunnen worden gesteld. Een dergelijke constructie wijkt niet af van de intenties van de huidige grondwettelijke bepaling.

Dit voorstel beoogt nadrukkelijk niet om het klaarstaande stelsel van noodwetgeving integraal op de schop te nemen. Wel lijkt het me wenselijk (zie ook lid 4) om het de ‘bepaalde noodtoestand’ te schrappen. En voor het overige is het nuttig om na te gaan waar het codificeren van een spoedvoorziening aangewezen is.

*Lid 3*

Dit lid bevat een belangrijke waarborg bij noodrecht; de controle door de volksvertegenwoordiging. Als deze door feitelijke omstandigheden niet vooraf kan worden ingeschakeld, dan toch wel zo spoedig mogelijk. Ook kan het belang van de staat of het openbaar belang op decentraal niveau zich verzetten tegen bepaalde, gegeven de eerder geschetste mogelijkheid van vertrouwelijke informatievoorziening. Dat hoort echter zelden het geval te zijn. Het is uiteraard aan de volksvertegenwoordiging zelf om dit te bewaken.

Net als nu het geval is op rijks- en gemeentelijk niveau zal de volksvertegenwoordiging de werking van algemeen verbindende (nood)voorschriften dienen te bekrachtigen. Zo niet, dan vervallen zij.

Nu zou men mij wellicht tegen willen werpen dat ik wat zwalkend ben in mijn opvattingen over de mate waarin het parlement bereid is of in staat is zijn beschermende functie ten aanzien van grondrechten waar te maken. Met De Jong<sup>109</sup> heb ik immers eerder betoogd dat de kamers, en in het bijzonder de Tweede Kamer, hier de laatste jaren stevige steken hebben laten vallen. Mijn verwachting is echter dat de situatie anders komt te liggen indien er een verplichting bestaat voor de regering om de kamer in de alert-

109. M.A.D.W. de Jong en H.R.B.M. Kummeling, De teloorgang van de Tweede Kamer als medewetgever, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), De staat van wetgeving (Kortmannbundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 91.

stand te brengen, en de Grondwet het parlement ook nog eens een aantal toetsingscriteria aanreikt.

Voor wat betreft de besluitvorming nog het volgende. Alleen ingeval van het uitroepen van de algemene noodtoestand wordt ingevolge lid 4 van het voorgestelde artikel besluitvorming in de verenigde vergadering verplicht gesteld. Zoals ik al eens eerder heb betoogd,<sup>110</sup> verzet de Grondwet zich er niet tegen dat de kamer ook in andere gevallen in verenigde vergadering bijeen komen. De kamers kunnen dus zelfstandig beslissen of urgentie, aard en omvang van de nood een gezamenlijke vergadering en besluitvorming rechtvaardigt.

#### *Lid 4*

Al eerder (par. 4.2.1.2) heb ik aangegeven dat ik eigenlijk geen reden zie voor het bestaan van een ‘beperkte’ noodtoestand zoals nu geregeld is in de Cwu. De afkondiging van deze noodtoestand betekent niet dat de complete lijst van de bijbehorende noodbevoegdheden van kracht worden. De noodbevoegdheden die onder de werking van de ‘beperkte’ noodtoestand kunnen worden geactiveerd, kunnen daarnaast ook afzonderlijk in werking worden gesteld, dus los van het uitroepen van de ‘beperkte’ noodtoestand. Het wonderlijke is dat er dan een andere procedure geldt, namelijk die van het voorleggen van een ‘verlengingswet’ aan de Tweede Kamer, terwijl bij het activeren van dezelfde bevoegdheden na het afkondigen van de ‘beperkte’ noodtoestand de zware procedure van de gang naar de verenigde vergadering moet worden gemaakt. Dit is onnodig ingewikkeld en verwarrend. Met Brainich von Branich Felth,<sup>111</sup> zij het deels om een andere reden, zie ik daarom geen reden voor het bestaan van verschillende typen noodtoestanden. Uitgangspunt is dat er maatwerk moet worden geleverd. Pas als er voor de burgers de meest ingrijpende maatregelen nodig zijn, namelijk die waarbij hun grondrechten ingrijpend worden aangetast, is er sprake van een dusdanig zware algemene noodtoestand, die dan ook meteen aanleiding moet zijn voor het toepassen van de allerzwaarste procedure.

#### *Lid 5*

Op twee punten wijkt deze formulering af van het huidige lid 2. Het geeft conform de systematiek van de mensenrechtenverdragen een opsomming van de ‘notstandsfeste’ bepalingen, en niet van de bepalingen van waar wel van afgeweken mag worden. Onder 3.3. heb ik al aangegeven dat de huidi-

110. P.P.T. Bovend'Eert/H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, elfde druk, Deventer: Kluwer 2010, p. 69.

111. Brainich 2004, p. 47.

ge grondwettelijke bepaling een zeer vertekend beeld geeft, en het vooral zeer moeilijk maakt om vast te stellen welk grondrecht nu daadwerkelijk veilig is in tijden van nood. De opsomming van 'notstandsfeste' grondrechten spoort met die van de mensenrechtenverdragen, althans voor zover de desbetreffende mensenrechten terugkeren in grondrechtelijke gedaante in de Grondwet. Dit geeft een veel schraler, maar wel realistischer beeld van de 'notstandsfeste' grondrechten.

Er wordt geen expliciete melding (meer) gemaakt van de afwijking van de grondwetsbepalingen inzake de bevoegdheden van de besturen van provincies, gemeenten en waterschappen. Dat heeft een tweetal redenen. Allereerst is het evident bij noodmaatregelen dat op het gebruikelijke bevoegdhedenpatroon wordt ingebroken. Intensiteit en vooral schaal van de nood maken zulks noodzakelijk. Het zou ernstig afbreuk doen aan de flexibiliteit van het noodrecht als daar steeds de afkondiging van een bepaalde uitzonderingstoestand voor nodig zou zijn. Daarbij komt dat de overheid er niet is voor zichzelf maar voor de behartiging van de belangen van de burgers. Dus zo snel als maar mogelijk is zal het meest gereede overheidsorgaan de behartiging van die belangen in tijden van nood aan zich moeten trekken. Formeel juridisch gezien is er ook weinig reden om de afwijking van grondwettelijke bevoegdheden van decentrale besturen expliciet te benoemen. De grondwettelijke bescherming van hun bevoegdheden is nagenoeg nihil is. Met Kortmann kan worden geconcludeerd dat slechts een volledig ontneming van de autonome bevoegdheden in strijd is met de Grondwet, alsmede voorafgaand toezicht op alle autonome besluiten.<sup>112</sup>

#### *Lid 6*

Dit onderdeel bevat belangrijke begrenzingsen aan de toepassing van noodmaatregelen. Allereerst is er die van de tijdelijkheid. De ratio van deze begrenzing is eerder uitgelegd. Dat neemt niet weg dat in voorkomende gevallen de vraag gesteld zal moeten worden of bedreigingen van de veiligheid een dusdanig permanent karakter hebben dat er ook een permanente verandering in de rechtsorde tegenover moet staan, of dat volstaan kan worden met een tijdelijk voorziening in de vorm van noodrecht.

Naar analogie van bekende formuleringen van het EVRM en de daarop gebaseerde toetsing door het Europees Hof voor de bescherming van de Rechten van de mens zijn in dit lid ook de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit neergelegd. Is de maatregel geschikt en noodzakelijk ter bereiking van het gestelde doel? En daarnaast: is de intensiteit van aantas-

112. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 348.

ting van bevoegdheden en vrijheden wel evenredig aan het te bereiken doel?<sup>113</sup>

## **7. Slotbeschouwing**

In 2005 wierp De Lange voorzichtig de vraag op of niet tot het expliciet verklaren van een uitzonderingstoestand moest worden overgegaan nu Nederland in het licht van de mensenrechtenverdragen bezig was over te gaan naar fundamentele afwijkingen van het normaal geldende grondrechtenregime. In zijn ogen dreigde de merkwaardige situatie te ontstaan dat Nederland weliswaar formeel niet afweek van het verdragsregime, maar juist doordat allerlei grondrechtenbeperkingen in het normale recht werden opgenomen verder dreigde af te raken van de door het verdrag beoogde bescherming dan staten die verdergaand afwijken, maar dit slechts tijdelijk doen.<sup>114</sup> Deze gedachtelijn breder en verder doortrekkend, kom ik tot de conclusie dat het tijd is voor een fundamentele bezinning op de inzet van noodrecht. De algemene oproep van De Wilde om meer werk te maken van de eis van de ‘fides publica’, de eis van de publieke trouw, die ertoe moet leiden dat overheidsorganen trouw blijven aan de constitutie, zich laten leiden door het publieke belang en hun bevoegdheden uitoefenen met de nodige terughoudendheid,<sup>115</sup> is naar mijn oordeel juist maar niet afdoende. Er zal veel scherper nagedacht moeten worden over de vraag of permanente veranderingen in de rechtsorde wel noodzakelijk zijn om een bepaalde noodsituatie het hoofd te kunnen bieden. Kan in bepaalde gevallen niet met een kortdurende inzet van noodrecht worden volstaan? Met het oog op het behoud van de kwaliteit van de functionerende democratische rechtsstaat is de inzet van noodrecht soms veruit te prefereren boven de opname van ingrijpende bevoegdheden in het normale recht. Ook in die zin is noodrecht nodig.

113. Voor een vergelijkbare constructie zie het voorstel van de Staatscommissie Grondwet, Den Haag 2010, p. 55.

114. De Lange 2005b, p. 549-550.

115. De Wilde 2013, p. 18.

## **Verkort aangehaalde literatuur**

### *Brainich 2004*

E.T. Brainich von Brainich Felth, Het systeem van crisisbeheersing, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004

### *Cammelbeeck 1996*

T.D. Cammelbeeck, Het staatsnoodrecht herzien: het onvoorzienbare gesystematiseerd, AA 1996, p. 762-768.

### *Diamant/Van Emmerik 2011*

M. Diamant en M.L. van Emmerik, Parlementair budgetrecht onder vuur?, NJB 2011, p. 1942-1950.

### *De Jong 2000*

M.A.D.W. de Jong, Orde in beweging (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Wil-link 2000.

### *Kortmann 2012*

C..A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, zevende druk, Deventer: Kluwer 2012, p. 181

### *De Lange 2005a*

R. de Lange, Tussen gelijkheid en waarschijnlijkheid: het evenredigheidsoordeel in uitzonderingssituaties, in: A. Nieuwenhuis/B.J. Schueler/C.M. Zoethout (red.) Proportionaliteit in het publiekrecht, Deventer: Kluwer 2005

### *De Lange 2005b*

R. de Lange, Noodrecht en grondrechten, NJCM-Bull., 2005, p. 523-550.

### *Van der Pot 2006*

Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, vijftiende druk, Deventer: Kluwer 2006.

### *Roorda 2009*

C. Roorda, Noodbevoegdheden van Minister van Justitie zijn onrechtmatig, RM Themis 2009, p. 139-144.

### *De Wilde 2013*

M. de Wilde, Uit nood geboren (oratie UvA), Amsterdam 2013.



[www.wolterskluwer.nl](http://www.wolterskluwer.nl)



9 789013 124002



**Wolters Kluwer**  
When you have to be right