



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het rampenfonds

Bunt, J.E. van de

Citation

Bunt, J. E. van de. (2016, June 30). *Het rampenfonds. Meijers-reeks*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/42875>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/42875>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/42875> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Bunt, J.E. van de

Title: Het rampenfonds

Issue Date: 2016-06-30

DEEL II

Toetsingskader

2 | Problemen bij de afwikkeling van rampschade

2.1 INLEIDING

De oprichting van schadefondsen komt in beeld wanneer de afwikkeling van rampschade via het aansprakelijkheidsrecht hapert. Die haperingen bestaan eruit dat slachtoffers van rampschade pas na lange tijd uitsluitel krijgen over de aansprakelijkheidsvraag en dat zij hun schade niet of slechts gedeeltelijk vergoed krijgen. In dit hoofdstuk zullen de oorzaken van die haperingen voor het voetlicht worden gebracht: knelpunten in en rondom het aansprakelijkheidsrecht.

En passant voert het in kaart brengen van de knelpunten ons dichterbij eventuele oplossingen in het aansprakelijkheidsrecht zelf. Deze zullen ook besproken worden in dit hoofdstuk. Ik laat in het midden of met deze oplossingen kan worden volstaan, omdat het onderzoek zich bij uitstek richt op de rol van schadefondsen bij de afwikkeling van rampschade in het aansprakelijkheidsrecht. Ondanks de oplossingen die in het aansprakelijkheidsrecht reeds bestaan is er ten slotte na verschillende rampen aanleiding gevonden om schadefondsen op te richten.

Ik zal aanvangen met een bespreking van de algemene problemen bij de afwikkeling van rampschade in en rondom het aansprakelijkheidsrecht; deze problemen gelden zowel voor mass disaster accidents als voor mass exposure accidents. Besproken worden de bewijsproblemen in het aansprakelijkheidsrecht (§ 2.2.1), met name van het causaal verband. Ook de lengte van de procedure krijgt aandacht (§ 2.2.2), en (mede als gevolg daarvan) insolventie van de aansprakelijke persoon (§ 2.2.3). Als de dader onvoldoende solvent is, kan een evenredige verdeling aan de slachtoffers uitkomst bieden, zowel uit de eigen middelen als uit de aansprakelijkheidsverzekering van de dader (§ 2.2.4). Dan is de mogelijke oplossing van insolventie in de vorm van aansprakelijkheid van de overheid als nachtwaker aan de beurt (§ 2.2.5). Een ander probleem voor het slachtoffer van rampschade is de onvindbaarheid van de dader (§ 2.2.6).

Vervolgens zullen specifieke problemen bij sluipende schade door een mass exposure accident de revue passeren. Het gaat om verjaring (§ 2.3.1) en insolventie in verband met gebrek aan verzekeringsdekking en overgang van onderneming (§ 2.3.2). Bij de toelichting op de problemen zal telkens een vraagpunt voor het toetsingskader worden geformuleerd. In een afsluitende paragraaf (§ 2.4) zal ik een overzicht geven van de aangetroffen problemen

en vragen – en daarmee zal een deel van het toetsingskader voor de analyse van bestaande schadefondsgegevens zijn.¹ Uiteindelijk is een belangrijke vraag van dit onderzoek: lossen de schadefondsgegevens de problemen van het aansprakelijkheidsrecht op?²

2.2 ALGEMENE PROBLEMEN BIJ DE AFWIKKELING VAN RAMPSCHADE

2.2.1 Bewijsproblemen in het aansprakelijkheidsrecht

2.2.1.1 *Bewijs*

Overeenkomstig de hoofdregel voor de verdeling van de bewijslast van art. 150 Rv, moet het slachtoffer dat zich beroept op de rechtsgevolgen van de aansprakelijkheid van een ander de bewijslast dragen van verschillende elementen van aansprakelijkheid.³ Voor de algemene onrechtmatige daad zijn dat de elementen onrechtmatigheid, schade, causaal verband en toerekening, voor de kwalitatieve aansprakelijkheden gelden vergelijkbare eisen. Deze elementen voor aansprakelijkheid moeten niet alleen aanwezig zijn, ze moeten ook bewezen worden.⁴ Dat kan lastig zijn; zo moet de toedracht van een ramp helder zijn voordat sprake kan zijn van onrechtmatigheid⁵ en van causaal verband⁶ tussen de schade en de onrechtmatige daad. Voor de slachtoffers van sluipende schade zal het door het tijdsverloop bovendien lastig zijn bewijs te verzamelen dat hun vordering kan ondersteunen. De benodigde paperassen zullen na verloop van tijd vaak niet meer voorhanden zijn. Denk bijvoorbeeld aan loonstrookjes of een arbeidsovereenkomst als het gaat om een beroepsziekte⁷ en aan de verpakkingen van een geneesmiddel of een medisch dossier van jaren geleden als het gaat om de bijwerkingen van medicijngebruik.

Bewijsproblemen kunnen zich voordoen voor een individueel slachtoffer van een onrechtmatige daad, maar ook voor de slachtoffers van rampschade. Dat geldt ook voor het bewijs van het causaal verband. In de volgende drie paragrafen bespreek ik de problemen en oplossingen met betrekking tot dat bewijs.

1 Andere vragen voor het toetsingskader vloeien voort uit hoofdstukken 3 t/m 5. De vragen zijn veelal open van karakter. Als dat niet zo is, zal ik dat aangeven. In hoofdstuk 10 zal een analyse volgen van de antwoorden op de vragen.

2 Deze vraag zal per fonds worden beantwoord in hoofdstuk 6 t/m 9, en meer in het algemeen in hoofdstuk 10.

3 Zie over bewijslast onder meer: Asser procesrecht/Asser 2013; Giesen 2001.

4 Het element relativiteit is een disculpatiegrond – de dader draagt de bewijslast voor het ontbreken ervan. Vgl. Giesen 2001, p. 111.

5 In geval van de vuurwerkramp is uitgebreid onderzoek gedaan, maar is de precieze toedracht nooit vast komen te staan.

6 Zo bijvoorbeeld bij de asbestslachtoffers, de legionella-uitbraak en de vuurwerkramp.

7 In het geval van asbestslachtoffers.

2.2.1.2 Meervoudige en alternatieve causaliteit

Het kan zijn dat er meer dan één (potentiële) oorzaak aan de schade ten grondslag ligt. Dit leidt tot complexe situaties, de zogenaamde meervoudige en alternatieve causaliteit.⁸ Dergelijke complexe situaties kunnen zich ook rondom een ramp vertonen. Ik begin met een drietal voorbeelden van meervoudige causaliteit. Ten eerste kunnen twee oorzaken samenwerken en de schade veroorzaken. Een voorbeeld hiervan is een slachtoffer dat door een ramp gewond is geraakt en bij de behandeling in het ziekenhuis als gevolg van een fout komt te overlijden. Op de tweede plaats kunnen twee afzonderlijke daders de gehele schade veroorzaakt hebben. Een voorbeeld is het uitstoten van giftige stoffen door twee fabrieken, waarbij de verschillende concentraties giftige stof elk voldoende zijn om letsel te veroorzaken. Ten slotte is er het geval van hypothetische causaliteit: de schade is veroorzaakt door een bepaalde gebeurtenis, terwijl vaststaat dat wanneer de gebeurtenis wordt weggedacht, dezelfde schade zou zijn ontstaan als gevolg van een eerdere gebeurtenis. Denk aan een huis dat door brandstichting in vlammen opgaat, waarna een dag later alle woningen in de wijde omtrek in vlammen opgaan door een gasexplosie veroorzaakt door een medewerker van een naburige fabriek.

Een ander geval van meervoudige causaliteit is in de wet geregeld: alternatieve causaliteit (art. 6:99 BW). Twee of meer gebeurtenissen kunnen de schade veroorzaken, terwijl niet duidelijk is welke van de twee werkelijk verantwoordelijk is. In dat geval rust de plicht om schade te vergoeden op elk van deze personen, tenzij een van beiden bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hij zelf aansprakelijk is. De wetgever komt het slachtoffer in zijn bewijsnood van het causaal verband dus tegemoet. Wanneer een werknemer door de jaren heen bij verschillende werkgevers onbeschermd met asbest heeft gewerkt, is op die grond bijvoorbeeld elk van de werkgevers aansprakelijk voor het mesothelioom van de werknemer. Het is niet duidelijk van welke werkgever de fatale asbestvezel afkomstig is.

2.2.1.3 Omkeringsregel

Het slachtoffer wordt in bepaalde gevallen geholpen bij het bewijzen van het causaal verband met de omkeringsregel, een door de Hoge Raad aangenomen uitzondering op de hoofdregel van art. 150 Rv. gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁹ Deze regel houdt in: als door een als onrechtmatige

⁸ Spier 2015, p. 299-307. Zie voor een uitgebreide bespreking met voorbeelden de conclusie bij het DES-arrest van A-G Hartkamp: HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (m.nt. C.J.H. Brunner), nr. 20.

⁹ Zie hierover onder meer: Asser 2004, p. 183-184; Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-II 2013/76-78. De omkeringsregel werd in gang gezet door HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 en HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145. In latere uitspraken werd de algemene gelding van de omkeringsregel bevestigd, HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, *NJ* 2000, 584 (m.nt.

daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen of een regel is overtreden die ertoe strekt tegen een risico te beschermen en dit risico zich verwezenlijkt, is het causaal verband tussen deze gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven. Het is dan aan degene die op grond van deze gedraging wordt aangesproken om te stellen en te bewijzen dat deze schade ook zonder deze gedraging zou zijn ontstaan. In twee arresten van 29 november 2002 heeft de Hoge Raad de omkeringsregel toegelicht:¹⁰

‘1. Voor de omkeringsregel is alleen plaats als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot.

2. In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijk norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, dat een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.’

De omkeringsregel geeft geen omkering van de bewijslast, maar geeft een regel volgens welke bepaalde daarin aangeduide feiten een vermoeden opleveren van het *condicio sine qua non*-verband, dat door het leveren van tegenbewijs kan worden weerlegd. Daarbij lijkt het beschermingsdoel van een norm een belangrijke aanwijzing voor de toepassing van de regel: bijvoorbeeld schending van verkeers- en veiligheidsnormen en medische beroepsfouten.¹¹ Nu in gevallen van rampschade schending van veiligheidsnormen veelvuldig aan de orde zal zijn, zou de omkeringsregel de slachtoffers te hulp kunnen schieten.

2.2.1.4 *Proportionele aansprakelijkheid*

Ook proportionele aansprakelijkheid, waarin de causale onzekerheid over dader en slachtoffer wordt verdeeld, kan het slachtoffer tegemoet komen. De Hoge Raad heeft in een arrest van 31 maart 2006 aanvaard dat ook aansprakelijkheid kan worden aangenomen terwijl het causaal verband tussen de normschending en de schade niet kan worden vastgesteld.¹² Het betreft een werknemer die van 1964 tot 1979 voor het bedrijf Nefalit (toen Asbestona) heeft

C.J.H. Brunner), HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9556, NJ 2001, 524 (m.nt. J.B.M. Vranken), HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001, 649 (m.nt. J.B.M. Vranken), HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002, 386 (m.nt. J.B.M. Vranken) en ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002, 387.

10 HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, NJ 2004, 304 (TFS/NS) en HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, NJ 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen).

11 Zie ook Asser/Hartkamp-Sieburgh 6-II 2013/78; Asser 2004, p. 173-190.

12 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *RvdW* 2006, 348 (Nefalit/Karamus). Uit de stroom van literatuur en annotaties over proportionele aansprakelijkheid: Faure 1993; Van 1995; Akkermans 1997; Akkermans, Faure & Hartlief 2000; Giesen & Tjong Tjin Tai 2008.

gewerkt, en die tijdens zijn werk is blootgesteld aan asbest. De werknemer heeft echter ook tenminste 28 jaar sigaretten gerookt. Als gevolg van het werken met asbest, het roken, en/of andere oorzaken zoals aanleg, is hij in 2000 overleden aan longkanker, zonder dat kon worden vastgesteld wat de werkelijke oorzaak was. Nefalit moest conform de schatting van het deskundigenbericht 55 procent van de schade betalen, de rest bleef voor rekening van de werknemer.

In 2010 benadrukt de Hoge Raad dat er alleen plaats is voor proportionele aansprakelijkheid in uitzonderlijke – van geval tot geval vast te stellen – omstandigheden.¹³ De rechter moet in een dergelijk geval de verlichting van het bewijs van het causaal verband motiveren aan de hand van de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en van de schade. Het hof heeft in deze zaak onterecht proportionele aansprakelijkheid aangenomen, aangezien de geschonden norm de waarschuwingplicht betreft van een vermogensbeheerder jegens zijn cliënt, strekkend tot het voorkomen van vermogensschade. Daarnaast moet de kans op schade door de normschending niet zeer klein of zeer groot zijn. In dit geval acht de Hoge Raad die kans zeer klein.

Niet veel later, in 2012, komt de Hoge Raad met een verfijning van de leer van de proportionele aansprakelijkheid. Als proportionele aansprakelijkheid is aangenomen (de vestigingsfase), dan komt in een later stadium (de omvangsfase), de toepassing van art. 6:101 BW, met inbegrip van de billijkheidscorrectie, aan bod.¹⁴ Er is dan alleen ruimte voor vermindering van de vergoedingsplicht op grond van de billijkheidscorrectie, wanneer causale omstandigheden aan de kant van het slachtoffer nog niet verdisconteerd zijn in het kader van de proportionele aansprakelijkheid.

Verder moet de proportionele aansprakelijkheid worden onderscheiden van de leer van de kansschade.¹⁵ Proportionele aansprakelijkheid is nodig bij het vaststellen van het *condicio sine qua non*-verband tussen fout en schade – als de schade ook kan zijn veroorzaakt door een andere omstandigheid dan de fout. Bij verlies van een kans is het *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en het verlies op succes meestal gegeven, en dient alleen de vaststelling van de omvang van de schade te gebeuren met behulp van een goede en kwade kansen-schatting.

2.2.1.5 Afsluiting

13 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011, 251 (m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai).

14 HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012: BX8349, NJ 2013, 236 (m.nt. S.D. Lindenbergh). Zie hierover onder meer Castermans & Den Hollander 2013, p. 185-195; Klaassen 2013, p. 119-129.

15 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013, 127 (m.nt. S.D. Lindenbergh). Eveneens Castermans & Den Hollander, p. 185-195; Klaassen 2013, p. 119-129.

Het leveren van bewijs van de elementen voor aansprakelijkheid kan niet alleen een probleem vormen voor het slachtoffer van rampschade, het kan evenzeer opgaan voor een enkel slachtoffer dat schade lijdt door toedoen van een ander. Dat de voorwaarden voor aansprakelijkheid een drempel kunnen vormen voor het slachtoffer om zijn schade te verhalen, valt te verdedigen. Ieder draagt immers zijn eigen schade, tenzij er een goede reden is om de schade af te wentelen op een ander.¹⁶

Binnen het aansprakelijkheidsrecht is met name gezocht naar oplossingen met betrekking tot problemen rondom het bewijs van het causaal verband, zowel door de wetgever als door de rechter.¹⁷ De vraag of deze oplossingen in het aansprakelijkheidsrecht afdoende zijn, laat ik verder rusten. Dat is niet het onderwerp van mijn onderzoek.

Mede met het oog op dit probleem, het bewijs van het causaal verband, zijn schadefonds opgericht. Het is echter de vraag of dit probleem door een schadefonds kan worden verholpen. Voor het toetsingskader levert dit de vraag op:

1. *welke voorwaarden met betrekking tot het bewijs (van het causaal verband) stelt het fonds?*

2.2.2 Lange procedure

Een van de knelpunten bij het verkrijgen van vergoeding van rampschade is de lange procedure. Wanneer de aansprakelijkheidsvraag maar enige ruimte laat voor twijfel, of wanneer de eigen middelen of de verzekeringsdekking ontoereikend zijn, zal de aansprakelijkgestelde alle middelen aanwenden om aan aansprakelijkheid te ontkomen. Tegelijkertijd zal het slachtoffer gezien de ernst van zijn geleden schade alles in het werk stellen de dader aansprakelijk te houden. Beide partijen zullen gezien de grote belangen vaak tot in cassatie doorprocederen. Dat kost tijd.

Voordat een procedure aanvangt, zal onderzoek naar de feiten gedaan moeten worden. Dan volgt een periode van buitengerechtelijke correspondentie en overleg. De periode van de ramp tot aan de dagvaarding kan op die manier zomaar twee jaar duren.

Gemiddeld genomen duurt het voeren van een procedure in eerste aanleg, bij de civiele kamer van de rechtbank, 441 dagen van eerste rolzitting tot de afgifte van het eindvonnis. Dit is de zogenaamde doorlooptijd.¹⁸ Met een zaak

16 Zie hierover uitgebreid Hartlief 1997.

17 Eventueel kan ook de vraag naar de onrechtmatigheid nog niet uitgekristalliseerd zijn, of onduidelijk zijn wat de uiteindelijke schade-omvang is. Deze aspecten laat ik hier verder rusten.

18 Dit is de doorlooptijd voor handelszaken met verweer, sector civiel in 2014 exclusief de kantonsector: <http://jaarverslagrechtspraak.nl/verslag/doorlooptijden-bestuursrecht>, tabel 19 (laatst geraadpleegd 30 juni 2015). Gezien de grote financiële belangen zal de ondergrens van €25.000 gemakkelijk gehaald worden en de rechtbank sector civiel, handel, competent

bij het hof is een duur van ongeveer 371 dagen gemoeid en met een procedure in cassatie een duur van ongeveer 292 dagen.¹⁹ Wanneer de gemiddelde doorlooptijden worden opgeteld zal een proces, met het uitprocederen tot in de laatste instantie, 1104 dagen duren, ongeveer drie jaar en een week. Daarnaast kan het, na afloop van de civiele zaak, nog een tijd duren voordat de dader de schade daadwerkelijk uitbetaalt aan het slachtoffer.

De verwachte termijn (de doorlooptijd) geldt voor een gemiddelde zaak. Als het gaat om rampschade is van een gemiddelde zaak echter geen sprake. Vaak zullen er meerdere zaken tegelijkertijd spelen. Bij mass disaster rampen zijn bovendien grote aantallen eisers betrokken, die verschillende (kortgeding)procedures starten, die later weer gevoegd moeten worden. Daardoor ontstaat oponthoud. Bij mass exposure rampen zullen grote aantallen procedures een gerecht daarnaast kunnen overspoelen, waardoor vertraging ontstaat. Vanwege de belangen die op het spel staan, zal waarschijnlijk over veel feitelijke en juridische vraagstukken geprocedeerd worden.²⁰ Ook dat zou vertraging kunnen opleveren.

Ter illustratie: na elf jaar is eindelijk een deel van het geld uitgekeerd dat de aansprakelijke partij van de ramp in Bovenkarspel de slachtoffers schuldig was.²¹ Het hof en de Hoge Raad hebben tien jaar na de vuurwerkramp in Enschede uitspraak gedaan.²² Al met al kost het elf jaar voor het hof, na terugverwijzing door de Hoge Raad, oordeelt dat het hoogheemraadschap niet aansprakelijk is voor de dijkdoorbraak in Wilnis.²³

Voor de grote aantallen slachtoffers met ernstige personen- of zaakschade lijkt een lange duur van de procedure een zware belasting. In hoofdstuk 5 ga ik in op de vraag of een dergelijke lange duur niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn van art. 6 EVRM. Bijzonder schrijnend is de lange duur van de procedure bovendien als de gezondheidstoestand van een slachtoffer maakt dat deze de procedure niet zal overleven, zoals bij asbestslachtoffers met mesothelioom.

Verskillende maatregelen zouden de lange procedure kunnen terugbrengen, getuige de aandacht in de rechtspraak voor verkorting van de doorlooptij-

zijn.

19 Het gaat om de doorlooptijden van handelszaken bij de hoven in 2014: <http://jaarverslag.rechtspraak.nl/verslag/doorlooptijden-bestuursrecht>, en de doorlooptijd voor civiele zaken bij de Hoge Raad in 2014: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/publicaties/Documents/Jaarverslag-HogeRaad-2014.pdf>, p. 11 (laatst geraadpleegd 30 juni 2015).

20 Zoals te zien is in de rampcasus van de legionella-uitbraak, de vuurwerkramp en de dijkdoorbraak in Wilnis.

21 Zie <http://www.stichtingveteranenziekte.nl/nieuws/definitieve-schade-uitkering-legionella-slachtoffers-westfriese-flora> (laatst geraadpleegd 12 oktober 2015).

22 Inzake de slachtoffers: Gerechtshof Den Haag 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316, NJ 2011, 418. Inzake de Grolsch-fabrieken: Hoge Raad 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262.

23 Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1539.

den. Het streven van de Raad voor de rechtspraak is de tijden met 40 procent te bekorten in 2018.²⁴ Dit streven lijkt echter niet onderbouwd met gerichte maatregelen.²⁵ Bovendien zijn dit de doorlooptijden voor gemiddelde individuele zaken, terwijl met een rampschadezaak meer tijd gemoeid zal zijn door de grote aantallen slachtoffers, de verschillende rechtszaken die aangespannen worden en de vele vragen die aan de rechter zullen worden voorgelegd.

Een verbetering bij rampen is denkbaar. Bij mass disaster-casus kunnen de verschillende zaken gecoördineerd bij een civiele kamer binnenkomen, zo nodig worden gevoegd, en zo voortvarend mogelijk afgehandeld. In mass exposure zaken kan concentratie bij een gerecht ervoor zorgen dat gespecialiseerde rechters zaken op een gestroomlijnde wijze afdoen.

Ook op meer inhoudelijke punten kan tijdswinst worden behaald. Die tijdswinst zal er vooral zijn als een rechter juridische twistpunten, vragen over het vaststellen van aansprakelijkheid, voldoende en bij voorkeur definitief afdoet. Dat kan door een lagere rechter aan de Hoge Raad prejudiciële vragen te laten stellen.²⁶ Of door het gebruikmaken van een deelgeschilprocedure als slechts op een ondergeschikt punt onenigheid bestaat.²⁷ De afwikkeling volgens de wet collectieve afwikkeling massaschade zal na het volgen van een prejudiciële vraag wellicht ook vaker kunnen worden ingezet, omdat dan duidelijk kan worden hoe het met de aansprakelijkheid gesteld is.²⁸ Mogelijk zal de collectieve actie van art. 3:305a BW na uitbreiding naar vorderingen tot vergoeding van schade tot voorspoedige en snelle procedures kunnen leiden.²⁹

Het bovenstaande betekent het volgende. De lengte van de procedure is een probleem voor de slachtoffers van rampen. Ook al zullen de diverse beschreven maatregelen kunnen leiden tot een bekorting van een procedure, bij rampschadegevallen zal de procedure vele jaren in beslag blijven nemen. Nu er schadefonds worden opgericht, is het interessant te bezien of deze het probleem van de lange duur kunnen oplossen. De tweede vraag voor het toetsingskader luidt als volgt:

2. *wordt het probleem van de lange procedure door het schadefonds opgelost?*

Als het fonds een significant kortere procedure kent dan het civiele recht, scoort het fonds goed.

24 Zie *Agenda voor de Rechtspraak 2015-2018*. Te raadplegen: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Agenda-van-de-Rechtspraak-2015-2018/Documents/Agenda-van-de-Rechtspraak-2015-2018.pdf>, p. 10.

25 Zie onder meer Ahsmann & Hofhuis 2014, p. 1742-1749.

26 Sinds 1 juli 2012 bestaat deze mogelijkheid, zie art. 392 t/m 394 Rv.

27 Op 1 juli 2010 is de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade (*Stb.* 2010, 221) in werking getreden, zie art. 1019w Rv.

28 Vgl. art. 7:907 BW.

29 Zie de consultatieversie Juli 2014 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken. Zie www.internetconsultatie.nl/motiedijksma.

2.2.3 Insolventie

Wanneer aan alle voorwaarden voor aansprakelijkheid voldaan is, maar de dader onvoldoende solvent is, zal het slachtoffer van rampschade met lege handen achterblijven. Dat punt klemt des te meer als er veel slachtoffers zijn. De dader kan insolvent zijn, omdat hij onvoldoende eigen middelen heeft (§ 2.3.3.1) en/of zijn aansprakelijkheidsverzekering geen dekking biedt (§ 2.3.3.2).

2.2.3.1 *Onvoldoende eigen middelen dader*

Het is zeer onwaarschijnlijk dat een dader zonder (dekking van zijn) aansprakelijkheidsverzekering alle rampschade uit zijn eigen zak kan betalen. Het gaat hier met name over kleine daders; particulieren of kleine ondernemingen. Ook andere daders zouden in de financiële problemen kunnen komen door de grote aantallen slachtoffers en de grote belangen die bij een ramp op het spel staan.

Het gemiddelde eigen vermogen van een Nederlands huishouden bedraagt € 29.000.³⁰ Dat bedrag is hoe dan ook onvoldoende om de schadelast van een rampschadegeval te voldoen. Het gaat dan immers al snel om miljoenen euro's. Kleine ondernemers kunnen deze last ook niet dragen. Wanneer de dader zijn aansprakelijkheid ontkent, en een civiele procedure wordt gestart, zullen de eigen middelen bovendien als eerste worden ingezet voor de kosten van het procederen.

Voor een grote dader, zoals een producent, een olieconcern of een grote vliegtuigmaatschappij, geldt dat deze de rampschade mogelijk wel uit eigen middelen kan betalen. Ook zal een dergelijke dader de kosten van een procedure zonder problemen voor zijn rekening kunnen nemen.

Een oplossing voor tekorten in eigen middelen binnen het systeem van het aansprakelijkheidsrecht lijkt mogelijk. Ter verhoging van de solvabiliteit van de (kleine) onderneming zouden maatregelen genomen kunnen, bijvoorbeeld door financiële zekerheid te stellen met een bankgarantie of een storting van een bedrag bij een derde. Een verplichting tot het stellen van financiële zekerheid kan worden opgenomen in de voorwaarden tot vergunningverlening. Nu zijn financiële zekerheidsbepalingen reeds opgenomen in het Activiteitenbesluit, het Stortbesluit bodembescherming en het Vuurwerkbesluit. Dat financiële zekerheidsstelling niet altijd politiek wordt gedragen blijkt uit de intrekking van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer. Dit besluit is in 2010 ingetrokken met het argument dat de betrokken ondernemingen gebukt

30 Dit gold voor 1 januari 2011 volgens de CBS: <http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/65CD877E-55FF-48C8-8629-A5D87B9E0B27/0/2012welvaartinederland.pdf>, p. 45.

zouden gaan onder de verplichting, terwijl zich in de periode van zeven jaar na invoering geen ongevallen hadden voorgedaan.³¹

2.2.3.2 *Onvoldoende dekking van de aansprakelijkheidsverzekering*

Als er een beperking of een uitsluiting in de aansprakelijkheidsverzekering geldt, kan dit leiden tot onvoldoende verzekeringsdekking voor vergoeding van rampschade door de dader. De dader moet de schade dan uit de eigen zak betalen, wat bij rampen problematisch kan zijn, zoals blijkt uit de vorige paragraaf. Ik behandel eerst de beperkingen die kunnen gelden in de polis, om daarna in te gaan op uitsluitingen die de polis kan bevatten. De volgende drie beperkingen, oftewel limieten, zijn gebruikelijk in verzekeringspolissen:³²

1. Een beperking per aanspraak of gebeurtenis;
2. Een beperking voor een complexe gebeurtenis door een zogenaamde serieschade-clausule;
3. Een beperking per verzekeringsperiode.

De eerste beperking is de limiet die in elke aansprakelijkheidsverzekering zal zijn opgenomen: het maximale bedrag dat gedekt wordt voor aanspraken tot vergoeding van schade door het onrechtmatig handelen van de verzekerde. Voor particulieren en kleine ondernemers is een limiet van 1 miljoen euro gebruikelijk. Als zich een ramp voordoet, is dit bedrag echter onvoldoende om alle schade te vergoeden. Dit is vooral aan de orde bij een mass disaster accident.

Tot de tweede beperking behoort de serieschade-clausule die een serie van schadevoorvallen tot één complexe gebeurtenis reduceert. Voor die complexe gebeurtenis geldt dan de limiet per aanspraak of gebeurtenis. Een dergelijke complexe gebeurtenis kan op één moment veroorzaakt worden, zoals de vuurwerkramp in Enschede, waarbij aan heel veel slachtoffers schade wordt toegebracht;³³ terwijl de schade aan elk slachtoffer als een opzichzelfstaande gebeurtenis zou kunnen worden beschouwd, wordt die zienswijze door de serieschade-clausule uitgesloten. Daarnaast kan een complexe gebeurtenis gelegen zijn in dezelfde soort gebeurtenis die herhaaldelijk is voorgekomen, bijvoorbeeld de blootstelling van 30 werknemers aan giftige oplosmiddelen bij één werkgever of het in omloop brengen van een ondeugdelijk product dat letsel toebrengt aan een groot aantal consumenten. In sommige serieschade-clausules is bovendien niet alleen een beperking opgenomen per verzekerings-

31 Zie over deze verplichting de overwegend positieve Peeters, Van der Woerd & In de Braek 2006. Deze evaluatie is te raadplegen op www.evaluatiemilieuwetgeving.nl. Zie het Besluit van 29 september 2009 tot intrekking van het Besluit financiële zekerheid milieubeheer en herstel van enkele gebreken in enkele besluiten op de beleidsterreinen van het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, *Stb.* 2009, 406.

32 Zie Wansink 2006a, p. 133.

33 Zo Wansink 2006a, p. 135.

overeenkomst, maar ook een beperking voor aanspraken die andere verzekeren bij dezelfde verzekeraar voor hetzelfde gebeurtenis hebben.³⁴

De derde beperking is gelegen in de limiet per verzekeringsperiode.³⁵ Veel verzekeraars houden een periode van een jaar aan voor het uitkeren van de limiet. Indien de verzekerde binnen één jaar voor verschillende gebeurtenissen, die niet te herleiden zijn tot de zogenaamde serieschade, aansprakelijk wordt gesteld, dan geldt toch de jaarlijkse limiet.

Naast de beperkingen in de polissen geldt dat opzettelijk veroorzaakte schade *uitgesloten is van dekking*. In de wet is bepaald dat de verzekeraar geen schade vergoedt aan een verzekerde die de schade met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt (art. 7:952 BW). Hoewel deze bepaling van regelend recht is, zijn niet alle vormen van opzet te verzekeren omdat die in strijd zijn met de openbare orde en de goede zeden.³⁶ De verzekeraars hebben opzet daarom in de standaard verzekeringspolissen voor particulieren en bedrijven nader omschreven en van dekking uitgesloten.³⁷ Als gevolg van deze uitsluiting is een slachtoffer van bijvoorbeeld een opzettelijk gepleegd geweldsmisdrijf aangewezen op vergoeding door de dader zelf. Voor dit probleem van insolventie zijn oplossingen gezocht. Voor de slachtoffers van opzettelijk gepleegde geweldsmisdrijven is het Schadefonds Geweldsmisdrijven opgericht.³⁸ Tevens geldt voor slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven dat de overheid alle schade bij wijze van voorschot uitkeert.³⁹

Ter voorkoming van onvoldoende dekking van de aansprakelijkheidsverzekering door de verschillende beperkingen lijkt mij de invoering van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering gekoppeld aan de verlening van een vergunning voor een bedrijf een oplossing. Met een bij wet verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor degenen die een risicovolle onderneming hebben of voeren – cafés, hotels, discotheken, evenementen, fabrieken en opslagplaatsen –, zou (een deel van) het probleem van insolventie verholpen kunnen worden. Deze verzekering moet dan na inschatting van de risico's een toereikende verzekerde som per aanspraak of gebeurtenis hanteren.⁴⁰

34 Wansink 2006a, p. 147.

35 Zie hierover Wansink 2006a, p. 147-150.

36 Wansink 2006a, p. 267-268.

37 Daarnaast geldt in de standaard aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren een hele ruime uitsluiting voor de schade veroorzaakt door en/of voorvloeiende uit seksuele of seksueel getinte gedragingen van welke aard ook. Vgl. Wansink 2006a, p. 296; Wansink 2006b, p. 25-32.

38 Dit fonds kan bij een opzettelijk veroorzaakte ramp wellicht van toepassing zijn, zoals bij de aanslag op Koninginnedag in Apeldoorn. Ik heb het fonds echter niet uitgekozen bij mijn selectie van fondsen voor dit onderzoek, omdat het fonds hoofdzakelijk van toepassing is op incidentele gevallen.

39 Zie het Uitvoeringsbesluit voorschot schadevergoedingsmaatregel, *Stb.* 2010, nr. 311.

40 Er zou een onderzoek plaatsvinden onder leiding van het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, dat de wenselijkheid en haalbaarheid moest onderzoeken van een voorgeschreven aansprakelijkheidsverzekering voor risicovolle bedrijven, al dan niet in combinatie met

2.3.3.3 Afsluiting

We hebben gezien dat insolventie een probleem kan zijn bij rampen, door een gebrek aan eigen middelen of onvoldoende dekking van de aansprakelijkheidsverzekering van de dader, waardoor de kans groot is dat het slachtoffer van een ramp geen of slechts een gedeeltelijke vergoeding van zijn schade krijgt. Binnen het systeem van het aansprakelijkheidsrecht kan dit probleem wellicht deels worden opgelost met de introductie van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering die ook grote risico's dekt of een verplichting tot het stellen van financiële zekerheid voor ondernemingen die risicovolle activiteiten ondernemen. Voor de uitsluiting van opzet bestaan ook al oplossingen. Deze oplossingen binnen het systeem van het aansprakelijkheidsrecht laat ik verder buiten beschouwing: mijn onderzoek richt zich op de rol van rampenfondsden bij de afwikkeling van rampschade in het aansprakelijkheidsrecht. Gegeven het feit dat er schadefondsden worden opgericht na rampen mede met het oog op dit probleem, kunnen we ons het volgende afvragen: wordt insolventie opgelost door een schadefonds, en krijgt het slachtoffer dan een volledige schadevergoeding? Geeft het fonds dat door de overheid wordt gefinancierd een (volledige) tegemoetkoming en staat zij daarvoor in, dan scoort het fonds goed. Dit leidt tot de volgende toetsvraag:

3. *geeft het schadefonds het slachtoffer wel een volledige vergoeding? En indien het schadefonds maar een gedeeltelijke vergoeding geeft: welke schade komt voor vergoeding in aanmerking (materiële en immateriële personenschade, zaakschade, zuivere vermogensschade)?*

2.2.4 Evenredige verdeling

Wanneer de dader insolvent is vanwege ontoereikende eigen middelen of onvoldoende dekking van de aansprakelijkheidsverzekering en slechts een deel van de schade kan vergoeden, dringt de vraag zich op hoe het beschikbare geld verdeeld zal worden. In het algemeen geldt: wie eerst komt, eerst maalt. Die uitkomst wringt: enkele slachtoffers van een ramp krijgen hun volledige schade vergoed, terwijl andere slachtoffers niets krijgen. Voor de evidente gevallen waarin de middelen ontoereikend zijn om alle slachtoffers te compenseren heeft de wetgever dan ook gezocht naar een bevredigender oplossing; één waarin misschien niet iedereen zijn gehele schade vergoed krijgt, maar dan tenminste iedereen een evenredig deel van zijn schade ontvangt. Dit is het beginsel van *paritas creditorum*. Deze verdeling op basis van evenredigheid

vergunningverlening voor bepaalde sectoren. *Kamerstukken II*, 2006/07, 31 123, nr. 1. Zie ook de brief van de minister over het kabinetsstandpunt over het eindrapport van de Commissie tegemoetkomingen bij rampen en calamiteiten: *Kamerstukken II*, 2005/06, 29668, nr. 11, p. 22. Van dit onderzoek is echter niets meer vernomen.

is door de wetgever vastgelegd voor het geval de dader failliet gaat (art. 3:277 BW) en geldt ook in het geval een verzekerde som van de aansprakelijkheidsverzekering ontoereikend is om alle slachtoffers met personenschade te compenseren (art. 7:954 BW). Het beginsel van evenredigheid vormt dus een rechtvaardige oplossing in het aansprakelijkheidsrecht voor het probleem dat zich voordoet als er te weinig geld is om alle schade te voldoen. Ik bespreek hierna de wijzen waarop een evenredige verdeling in het aansprakelijkheidsrecht kan worden gerealiseerd, zowel in de situatie dat de dader de rampschade uit de ontoereikende eigen middelen betaalt, als in de situatie dat de dader een aansprakelijkheidsverzekering heeft die de schade niet geheel dekt.

2.2.4.1 Uit eigen middelen

a. Voor faillissement

Als de dader in een rampschadegeval onvoldoende eigen middelen heeft om alle schade te voldoen en hij niet failliet is gegaan, krijgen de slachtoffers die de dader als eerste aanspreken hun schade geheel of gedeeltelijk vergoed, terwijl de resterende slachtoffers met lege handen achterblijven. In een kort geding in de legionellazaak van enkele slachtoffers tegen een whirlpoolleverancier heeft de Consumentenbond zich gevoegd om zo een onevenredige verdeling te voorkomen; hij vorderde afwijzing van de vordering tegen de standhouder als zou komen vast te staan dat deze over te weinig middelen beschikte om alle slachtoffers te voldoen.⁴¹ De voorzieningenrechter wees de vordering echter af, omdat hiervoor geen steun in de wet te vinden was.

Het is echter mogelijk om een evenredige verdeling van de middelen van de dader te verwezenlijken voordat deze failliet gaat door middel van het executoriaal beslag. Dit is een oplossing binnen het systeem van het aansprakelijkheidsrecht. De volgende stappen kunnen daartoe worden gezet:⁴² een organisatie behartigt de belangen van (een deel van) de slachtoffers en legt conservatoir beslag op de belangrijkste vermogensbestanddelen van de dader. Het conservatoir beslag vereist verlof van de voorzieningenrechter die een termijn bepaalt waarbinnen de eis in hoofdzaak moet worden ingesteld, zo volgt uit art. 700 Rv. Dan kan de organisatie binnen die termijn een vordering in kort geding instellen voor de betaling van een voorschot op de schadevergoeding.⁴³ Het conservatoir beslag gaat bij toewijzing van de vordering over in executoriaal beslag, dat met zich brengt dat de opbrengst evenredig zal moeten worden verdeeld onder de rampschadeslachtoffers ter voldoening van

41 Rechtbank Alkmaar 23 december 1999, ECLI:NL:RBALK:1999:AA4000.

42 Zo ook als oplossing: Bauw & Frenk 2002, p. 88-89.

43 Het kort geding zorgt ervoor dat zo snel mogelijk een executoriale titel wordt verkregen en het verhaalsobject kan worden uitgewonnen, voordat andere slachtoffers zich op het vermogen van de dader verhalen.

het voorschot (ex art. 480-490d Rv.). De rampschadeslachtoffers die niet vertegenwoordigd werden door de organisatie zullen ook executoriaal beslag moeten leggen teneinde mee te delen in de evenredige verdeling (art. 457 Rv.).

b. In faillissement

Ook na een faillietverklaring is het mogelijk een evenredige verdeling te bewerkstelligen. Wanneer de dader niet alle vorderingen van rampschadeslachtoffers kan voldoen, kunnen de slachtoffers het faillissement aanvragen om de schade op het gehele vermogen van de dader te verhalen.⁴⁴ Als uitgangspunt bij de verdeling van het vermogen bij faillissement geldt dat iedereen moet worden gecompenseerd naar evenredigheid van de grootte van het vorderingsrecht (art. 3:277 BW), voor zover een schuldeiser niet een aan de wet ontleende voorrangspositie krijgt. Omdat de rampschadeslachtoffers allen dezelfde rang hebben, krijgen zij hun schade vergoed volgens het uitgangspunt van evenredigheid. Voor het slachtoffer, een concurrente schuldeiser, blijkt in de praktijk niet meer dan enkele procenten van zijn vordering te resteren.⁴⁵

2.2.4.2 Uit aansprakelijkheidsverzekering

Als er een aansprakelijkheidsverzekering voorhanden is, maar de dekking daarvan ontoereikend is voor schadeloosstelling van alle slachtoffers van een massaschadegeval, moet het beschikbare bedrag naar evenredigheid onder de slachtoffers verdeeld worden (ex art. 7:954 lid 5 BW).⁴⁶ Het maakt niet uit wat de aard van de schade is die is geleden: personenschade, zaakschade of

44 Een slachtoffer kan een verzoekschrift indienen bij de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar (art. 2 Fw). Daarvoor zal hij moeten stellen dat hij een vordering heeft op de dader, dat hij deze onbetaald laat, dat hij nog meer schuldeisers heeft die hij onbetaald laat, en dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen (art. 1 jo. art. 6 lid 3 Fw).

45 Zo wordt opgetekend door Van Buchem-Spapens & Pouw 2013, p. 80. In 2004 krijgt slechts een gedeelte van de concurrente schuldeisers een deel van de vordering (na faillietverklaring van een bedrijf 7 procent, na faillietverklaring van een natuurlijk persoon 6 procent), en dat deel bestaat uit enkele procenten (na faillietverklaring van een bedrijf 4,4 procent, na faillietverklaring van een natuurlijk persoon 1,5 procent), vgl. <http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/A630DD27-4F96-4871-B1D6-5243CE2D701B/0/2006Insolventierechtincijfers.pdf>, p. 46-47 (laatst geraadpleegd 3 juli 2015).

46 Onder oud recht gold voor de verdeling van de ontoereikende verzekeringspolis: wie het eerst komt, het eerst maalt, Van Boom 2000a, p. 119-130.

zuivere vermogensschade.⁴⁷ Eerder zagen we (§ 2.2.3.2) dat de verzekeringsdekking vaak niet toereikend is voor rampschadegevallen.

Als de verzekeraar weet dat er meer benadeelden zijn dan zich bij hem hebben gemeld en de verzekerde som zal worden overschreden, of indien alle benadeelden bekend zijn bij de verzekeraar maar de omvang van de schade van elke benadeelde niet vaststaat en de verzekerde som wordt overschreden, heeft hij de bevoegdheid de betaling aan de slachtoffers op te schorten (art. 7:954 lid 5 BW, laatste zin).⁴⁸ Gaat de verzekeraar spoedig tot betaling over, terwijl nog onduidelijk is of hij elk slachtoffer zal kunnen voldoen, dan zal de verzekeraar niet te goeder trouw zijn en het risico lopen dat hij andere slachtoffers boven de verzekeringsdekking schade zal moeten vergoeden.⁴⁹

Blijkt pas na verloop van tijd dat er meer slachtoffers zijn van een gebeurtenis die zich aanmelden, bijvoorbeeld na een geval van mass exposure, en komt de maximale verzekeringsdekking in zicht, dan heeft dit geen invloed op de reeds uitgekeerde vergoedingen aan slachtoffers of op de vergoedingsplicht van de verzekeraar (art. 7:954 lid 5 BW tweede zin).⁵⁰ De nagekomen slachtoffers zullen dan op basis van het resterende deel van de verzekerde som een evenredige schade-uitkering van de verzekeraar krijgen.

Heeft de verzekeraar niet alle schade vergoed, dan kan het slachtoffer van een ramp zich in theorie alsnog rechtstreeks tot de dader wenden om de schade op diens eigen middelen te verhalen. We zagen eerder echter, dat de dader in veel rampschadegevallen onvoldoende eigen middelen heeft om de slachtoffers volledig tegemoet te komen.

2.2.4.3 Afsluiting

Wanneer er sprake is van gedeeltelijke insolventie door onvoldoende eigen middelen of ontoereikende aansprakelijkheidsverzekering rijst het probleem van verdeling. Mogelijk krijgen enkele slachtoffers hun volledige schade vergoed, terwijl andere slachtoffers niets krijgen. Een verdeling naar evenredigheid lijkt een rechtvaardige oplossing. Binnen het civiele recht is op verschillen-

47 De aard van de schade maakt wel verschil als het gaat om de toekenning van een directe actie aan het slachtoffer; de directe actie komt alleen toe aan het slachtoffer met personenschade, zo volgt uit art. 7:954 lid 1 BW. Dat slachtoffer kan de schade rechtstreeks van de verzekeraar vorderen. Dit voorkomt verduistering van de verzekeringsgelden door de dader of begunstiging van andere schuldeisers door de verzekeringsgelden. In faillissement heeft het slachtoffer deze directe actie eveneens, het slachtoffer met zaakschade moet het doen met een voorrecht op de vordering van de dader op de verzekeraar (art. 3:287 BW). Vgl. Frenk & Salomons 2006, p. 200-209, i.h.b. p. 201.

48 Zie hierover *Kamerstukken I*, 2004/05, 19 529, B, p. 21-22. Ook Wansink & Van Tiggele-Van der Velde, in: *T&C BW 2015*, art. 7:954 BW, aant. 5; Van Dam 2005, p. 101-106; Frenk & Salomons 2006, p. 200-209.

49 Zo bijvoorbeeld Van Boom 2000a, p. 126.

50 Zo blijkt ook uit het wetsvoorstel collectieve afwikkeling van massaschade: *Kamerstukken II*, 2003/2004, 29 414, nr. 3, p. 22.

de plaatsen een verdeling naar evenredigheid in de wet neergelegd. Ook kunnen slachtoffers zelf een evenredige verdeling trachten teweeg te brengen. Deze oplossingen binnen het aansprakelijkheidsrecht laat ik verder buiten beschouwing. Mijn onderzoek richt zich immers op de rol van rampenfondsden bij de afwikkeling van rampschade. Voor het onderzoek naar de fondsen levert dit de volgende vraag voor het toetsingskader op, in het geval het fonds geen volledige vergoeding van schade geeft: maakt het fonds wel gebruik van de oplossing van de evenredige verdeling zoals het aansprakelijkheidsrecht dat doet? Als het fonds een evenredige verdeling bewerkstelligt bij een onvolledige vergoeding, scoort het goed. Met andere woorden:

4. *biedt het schadefonds een evenredige verdeling als geen volledige vergoeding wordt geboden?*

2.2.5 Hoge lat aansprakelijkheid overheid

2.2.5.1 Overheid als nachtwaker

We zagen eerder al dat insolventie van de dader bij een ramp voor het slachtoffer een obstakel vormt om zijn schade vergoed te krijgen. Slachtoffers zoeken daarom een oplossing binnen het aansprakelijkheidsrecht: zij trachten de overheid in haar rol als nachtwaker aansprakelijk te stellen. De overheid probeert de burger te behoeden tegen onheil, maar in het geval van een ramp is dat niet gelukt. Omdat de overheid vele rollen vervult als nachtwaker, bijvoorbeeld als Rijk, provincie, gemeente, Autoriteit Financiële Markten, Voedsel en Warenautoriteit of waterschap, kan zij in een van haar rollen aansprakelijk worden gesteld. Voor de duidelijkheid: het gaat om de situatie dat een ander dan de staat een gevaar in het leven heeft geroepen en dat gevaar zich verwezenlijkt heeft.⁵¹ Een rol voor de overheid is niet moeilijk te vinden, zo bleek na de legionella-ramp in Bovenkarspel, de vuurwerkcramp in Enschede en na de dijkdoorbraak in Wilnis. Wanneer aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan, is zij in haar rol als nachtwaker voor de gehele schade aansprakelijk.⁵² Groot voordeel van het aansprakelijk stellen van de overheid is, dat zij altijd voldoende solvent is, ook bij een ramp.

We zullen in de volgende paragrafen zien of het aansprakelijk stellen van de overheid als nachtwaker daadwerkelijk een oplossing vormt voor het probleem van insolventie bij rampen. De overheid kan aansprakelijk zijn voor

51 Om die reden wordt deze aansprakelijkheid van de overheid ook wel subsidiaire aansprakelijkheid genoemd, terwijl er ook een primaire dader is. De overheid als nachtwaker moet worden onderscheiden van de term nachtwakersstaat in de zin van Nederland in de 19^e eeuw, waarbij de staat zo min mogelijk bemoeienis had met de burgers.

52 Het kan zijn dat slechts een deel van de gehele schade is veroorzaakt door de fout van de overheid; de overheid is dan slechts voor dat deel gehouden de schade te vergoeden.

het nalaten regelgeving uit te vaardigen (§ 2.2.5.2) of het nalaten toezicht uit te oefenen (§ 2.2.5.3). Ook in het vervolg van dit boek zal gebruik worden gemaakt van het beeld van de overheid als nachtwaker.

2.2.5.2 Aansprakelijkheid voor het nalaten regelgeving uit te vaardigen

Voor het nalaten regelgeving uit te vaardigen is de overheid slechts onder zeer bijzondere omstandigheden aansprakelijk.⁵³ Terwijl de regelgever schijnbaar verwijten kunnen worden gemaakt als er een ramp gebeurt (had er geen preventieve regelgeving tot stand moeten worden gebracht?), is dit onvoldoende voor de aansprakelijkheid van de overheid. Bij de legionella-ramp in Bovenkarspel hebben de slachtoffers deze aansprakelijkheidsgrond bepleit, maar zij vingen bot bij de rechter. Na de ramp is nota bene veel wetgeving uitgevaardigd met het oog op het voorkomen van een volgende legionella-ramp.⁵⁴ Maar dit is onvoldoende omdat het uitvaardigen van regels wordt beschouwd als het domein van de wetgever, waartoe de rechter een zekere mate van afstand dient te houden.

Van deze zeer bijzondere omstandigheden is pas sprake als de wetgever een onvoorwaardelijke toezegging heeft gedaan dat een bepaalde wettelijke regeling tot stand zal worden gebracht – in dat geval kan de overheid aansprakelijk worden gehouden.⁵⁵ Misschien zou daar sprake van kunnen zijn bij een ramp als bekend is dat bepaalde risico's tot een ramp kunnen leiden en door de wetgever een onvoorwaardelijke toezegging is gedaan dat preventieve regelgeving zal worden uitgevaardigd, maar die uitblijft.

Daarnaast zou de gerechtvaardigde verwachting dat regelgeving door de wetgever zal worden uitgevaardigd een zodanige zeer bijzondere omstandigheid kunnen zijn, dat zij de grondslag vormt voor aansprakelijkheid bij het uitblijven van die regelgeving.⁵⁶ Dan is het bestuursrechtelijke vertrouwensbeginsel van betekenis, dat inhoudt dat gewekte verwachtingen waarop een belanghebbende redelijkerwijs heeft mogen vertrouwen moeten worden gehonoreerd.⁵⁷ Alleen als er onder de potentiële slachtoffers gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt dat met het oog op een ramp preventieve regelgeving zal worden afgekondigd, zie ik ruimte voor aansprakelijkheid.

Bijgevolg ligt de lat voor de aansprakelijkheid van de overheid als nachtwaker hier hoog. Er moet sprake zijn van zeer bijzondere omstandigheden, voordat de rechter oordeelt dat de overheid nalatig is geweest.

53 In die zin: Van Boom & Giesen 2001, p. 1678; Giesen 2005, p. 116; Spier 2015, p. 203.

54 Zie nader Hoofdstuk 6 over de legionella-uitbraak in Bovenkarspel.

55 HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:ZC0875, NJ 1995, 704 (m.nt. M. Scheltema) (Aruba/Lopez).

56 M. Scheltema in zijn noot onder HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:ZC0875, NJ 1995, 704 (m.nt. M. Scheltema); Spier 2015, p. 203.

57 Zie hierover bijvoorbeeld: Van Ballegooij 2008, p. 97-99.

2.2.5.3 Aansprakelijkheid voor falend toezicht

a. Algemeen

De overheid kan als nachtwaker niet alleen aansprakelijk zijn voor het nalaten regelgeving uit te vaardigen, maar ook voor falend toezicht. Voor het slachtoffer van een ramp zou het aansprakelijk stellen van de overheid als toezichthouder wellicht uitzicht kunnen bieden op een solvende dader.

In de wet is geen algemeen artikel voor de aansprakelijkheid van de overheid, of van de overheid in haar hoedanigheid van toezichthouder opgenomen. De toezichthouder kan aansprakelijk worden gehouden op grond van het algemene artikel voor de onrechtmatige daad, maar ook op grond van een kwalitatieve aansprakelijkheid, eventueel in combinatie met specifieke wetgeving aangaande de toezichthouder. Deze "gewone", onbeperkte aansprakelijkheid geldt niet voor alle toezichthouders; de aansprakelijkheid van De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële Markten gaat sinds 2012 slechts op voor gevallen van opzet of grove schuld (op grond van art. 1:25d Wft).⁵⁸ Nu volgt een korte bespreking van de gevallen waarin de overheid als toezichthouder tekortschiet.

b. Gedrag en zorgvuldigheidsnorm

De toezichthouder kan aansprakelijk zijn op grond van een onrechtmatig genomen besluit, bijvoorbeeld het verlenen van een vergunning voor het houden van een evenement met een monstertruck, of op grond van te weinig toezicht houden, bijvoorbeeld op de naleving van voorwaarden in de vergunning van een vuurwerkfabriek.

i. Toezichthouder neemt een besluit

Het is aan de bestuursrechter om vast te stellen of een besluit, bijvoorbeeld het verlenen van een vergunning, onrechtmatig is. De bestuursrechter zal het besluit vernietigen wanneer het in strijd is met geschreven of ongeschreven recht. Met de vernietiging staat de onrechtmatigheid van het besluit vast.

Is tegen een besluit geen bezwaar gemaakt of beroep aangetekend in een bestuursrechtelijke procedure, of wordt het bezwaar verworpen, dan heeft het besluit formele rechtskracht gekregen. De civiele rechter zal het besluit dan als rechtmatig moeten beschouwen.⁵⁹

58 Deze beperking van de aansprakelijkheid is ingevoerd in verband met het toezichthoudersdilemma, dat inhoudt dat zowel ingrijpen als niet-ingrijpen tot aansprakelijkheid zou kunnen leiden. Zie *Kamerstukken II*, 2011/12, 33058, nr. 3 (MvT).

59 Het leerstuk van de formele rechtskracht beoogt de rechtseenheid tussen burgerlijke en bestuursrechter te bevorderen. Giesen 2005, p. 80; Van Ballegooij 2008, p. 261.

Deze formele rechtskracht kan een obstakel vormen voor de aansprakelijkheid van de toezichthouder, als een vergunning eenmaal is verleend. Dit kan voor slachtoffers voor problemen zorgen, als de vergunning al jaren voor de ramp is verleend. De slachtoffers van de Enschede-ramp zagen hun claim – dat de milieuvergunningen ten onrechte waren afgegeven – afstuiten op het leerstuk van de formele rechtskracht. Vond de ramp plaats tijdens een evenement, dan kan de kort tevoren afgegeven vergunning echter mogelijk tot aansprakelijkheid leiden.⁶⁰

ii. Toezichthouder houdt onvoldoende toezicht

Voor het bepalen of de overheid aansprakelijk kan worden gehouden voor onvoldoende toezicht of handhaving, is het van belang of de toezichthouder is tekortgeschoten in algemeen of bijzonder toezicht.⁶¹ Van algemeen toezicht kan worden gesproken wanneer de toezichthouder zijn toezicht uitoefent terwijl er geen aanwijzingen zijn dat zich een gevaarlijke of risicovolle situatie kan voordoen. Een tekort aan toezicht betekent dan, dat de toezichthouder zich onvoldoende heeft ingespannen om overtredingen te vinden.⁶² Voor het algemene toezicht geldt dat de rechter marginaal zal toetsen in verband met de beleidsvrijheid van de toezichthouder.⁶³

Deze marginale toets heeft de rechter aangelegd in de Vie d'Or-zaak, waarin een levensverzekeringsmaatschappij failliet is gegaan.⁶⁴ De toezichthouder is aansprakelijk gesteld door polishouders vanwege het nalaten toezicht te houden. Bepalend is of de toezichthouder onder de omstandigheden en met de kennis ten tijde van zijn beslissing in redelijkheid tot die beslissing heeft kunnen komen.⁶⁵ Bij zijn beslissing zullen de maatschappelijke belangen en die van de betrokken gedupeerden moeten worden meegewogen. Tevens zullen aspecten van doelmatigheid, evenredigheid, proportionaliteit en subsidiariteit, en de nadelige gevolgen van de maatregelen door de rechter worden betrokken in zijn afweging.

60 Zoals in het geval van de monstertruck in Haaksbergen, waar de rechtbank heeft geoordeeld dat de gemeente onterecht een vergunning voor het evenement heeft afgegeven: Rechtbank Overijssel 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:4794.

61 In haar oratie noemt Van Rossum de volgende gezichtspunten van belang; de aard en het doel van het toezicht, de bevoegdheden waarover de toezichthouder beschikt, benutting van het toezichtsinstrumentarium en zijn onderzoeksplicht. Zie Van Rossum 2001, p. 14 en 22.

62 Zo: Van Dam 2005, p. 116.

63 Zelfs als het gaat om beleid kan de overheid aansprakelijk zijn op de gronden: de toezichthouder heeft zijn bevoegdheid misbruikt, handelt in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of in strijd met fundamentele rechtsbeginselen of fundamentele rechten. De laatste grond behandel ik onder geschreven en ongeschreven plichten tot handhaving.

64 Deze koers is bevestigd in het volgende arrest: HR 21 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3349.

65 HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, NJ 2008, 527 (m.nt. C. van Dam onder NJ 2008, 528).

Als daarentegen concrete aanwijzingen bestaan dat regels of vergunningsvoorwaarden niet worden nageleefd, dan spreken we van bijzonder toezicht.⁶⁶ Een volledige toets op onrechtmatigheid door de civiele rechter is dan mogelijk. Omdat het gaat om het laten voortduren van een gevaarlijke situatie, zijn de zogenaamde Kelderluikcriteria, behorend tot de vaste rechtspraak voor de beoordeling van gevaarstelling, van belang:⁶⁷

- de mate van waarschijnlijkheid waarmee kan worden verwacht dat een ander de benodigde oplettendheid in acht zou nemen;
- de grootte van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan;
- de ernst van de te verwachten gevolgen;
- de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.

Het hof heeft deze criteria toegepast voor het beoordelen van de aansprakelijkheid van de toezichthouder in de Enschede-zaak.⁶⁸ Ook bij de beoordeling van de vraag of het waterschap aansprakelijk is voor een gebrekkige dijk, op grond van opstalaansprakelijkheid (art. 6:174 BW) in de Wilnis-zaak spelen de criteria een rol.⁶⁹

Tevens kan het verzaken van geschreven en ongeschreven plichten door de toezichthouder tot aansprakelijkheid van de toezichthouder leiden (wegens strijd met een wettelijke plicht of maatschappelijke onzorgvuldigheid). Dergelijke verplichtingen beperken de beleidsvrijheid van de toezichthouder in belangrijke mate. Ik werk dit uit in de volgende paragraaf.

c. *Plichten tot handhaving*

i. *Wettelijke plichten tot handhaving*

De geschreven, wettelijke plichten tot handhaving zijn onder te verdelen in plichten die voortvloeien uit Nederlands recht, Europees recht en het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens.

– *Nederlands recht*

De toezichthouders kennen naast bevoegdheden tegenwoordig ook plichten tot het houden van toezicht en handhaving. Inmiddels zijn in een aantal wetten, op het terrein van milieubeheer en ruimtelijke ordening, zogenaamde taakstellingsbepalingen opgenomen, die de toezichthouder tot het toezichthou-

66 Van Rossum 2005, p. 13-Van Dam 2006, p. 22-23; I. Giessen noemt dit “concreet” toezicht: Giesen 2005, p. 116.

67 HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966, 136.

68 Hof 's-Gravenhage 24 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4316, NJ 2011, 418.

69 Ook de toekomstige beleidsvrijheid en de beschikbare financiële middelen behoren tot de factoren die moeten worden meegewogen, zie HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012, 155 (m.nt. T. Hartlief).

den en handhaven verplichten.⁷⁰ Wanneer de toezichthouder een dergelijke op het Nederlands recht gebaseerde handhavingsplicht verzaakt, zal dit onrechtmatig kunnen zijn.

– *Europees recht*

Een toezichthouder kan aansprakelijk worden gesteld als hij het Europees recht schendt.⁷¹ Als het gaat om zogenaamde “inrichtingen” met een veiligheidsrisico – bedrijven met gevaarlijke stoffen op hun terrein – is de Seveso III-richtlijn van belang, die een plicht tot toezicht schept voor lidstaten.⁷² De richtlijn behelst enkele concrete verplichtingen: het beleid met betrekking tot preventie en beheersing van zware ongevallen moet, afhankelijk van afstand tussen bedrijf en woonomgeving, worden geïntegreerd in het ruimtelijke ordeningsbeleid. Ook moet de toezichthouder tenminste eenmaal in de vijf jaar rampenvoorlichting geven aan betrokkenen en een controlesysteem opzetten voor een jaarlijkse controle van de bedrijven.⁷³

Het ligt voor de hand te denken aan de Enschedese vuurwerkcramp: zou de gemeente als toezichthouder op grond van de Europese richtlijn aansprakelijk kunnen worden gesteld? Nee, want ten tijde van de vuurwerkcramp vloeiden er nog geen verplichtingen ten aanzien van vuurwerk uit de richtlijn voort. Inmiddels is de richtlijn aangepast en valt vuurwerk wel onder de omschrijving van gevaarlijke stoffen in de richtlijn.

– *Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens*

Door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens worden burgers beschermd tegen inbreuken op het leven, de gezondheid en de persoonlijke levenssfeer. Voor de overheid vloeien uit dit verdrag positieve verplichtingen voort. Op deze plaats ga ik alleen in op de aansprakelijkheid van de overheid in haar rol als nachtwaker, in het bijzonder als toezichthouder, op grond van het EVRM. De overheid kan ook op andere gronden aansprakelijk worden gesteld voor schending van het EVRM. In hoofdstuk 5 zal ik uitgebreid ingaan op die andere verantwoordelijkheden van de overheid: voor de inrichting van de rechtspraak, voor het inrichten van de regels en voor uitvoering van die regels, voor zover van belang met het oog op de afwikkeling van rampschade in het aansprakelijkheidsrecht.

70 Bijv. art. 18.2a Wet Milieubeheer: degene die tot verlening van vergunning bevoegd is, heeft de plicht tot bestuurlijk handhaven.

71 Vgl. ook Van Ballegooij 2008, p. 298; Van Dam 2006, p. 97. Een slachtoffer kan de lidstaat aansprakelijk stellen voor niet-naleving van de verplichtingen uit een richtlijn.

72 Richtlijn 2012/18/EU van 4 juli 2012, Pb. 2012, L 197/1 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.

73 Zie art. 13 en art. 18 van de richtlijn.

Uit de rechtspraak van het EVRM komt naar voren dat de overheid, of de toezichthouder in kwestie, een positieve verplichting heeft burgers te beschermen tegen gevaarlijke situaties. In het geval van de methaanexplosie op een vuilnisbelt in Turkije waar illegaal, maar met medeweten van de overheid, mensen leefden, en waarbij de overheid verschillende rapporten ter beschikking had waaruit het gevaar van de situatie bleek, oordeelde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dat Turkije het recht op leven, art. 2 EVRM, had geschonden.⁷⁴ Een vereiste voor aansprakelijkheid van de overheid is dat de overheid of toezichthouder op de hoogte was of behoorde te zijn van het concrete gevaar dat de betrokkene liep.⁷⁵

Wanneer een toezichthouder op de hoogte is van een zeer gevaarlijke situatie die niet in overeenstemming is met de bestaande veiligheids- en vergunningsvoorschriften, heeft hij op grond van het EVRM een plicht tot handelen om een einde aan de situatie te maken.⁷⁶ Als de overheid een zeer gevaarlijke situatie een periode lang laat voortbestaan, brengt dit hoogstwaarschijnlijk een schending van het EVRM met zich mee.⁷⁷

ii. Ongeschreven recht: beginselplicht tot handhaving

Overigens kan buiten de bepalingen in de genoemde regelgeving ook een plicht tot handhaving op grond van het ongeschreven recht worden onderscheiden, de zogenaamde beginselplicht tot handhaving.⁷⁸ Uit de jurisprudentie van de bestuursrechter op het gebied van ruimtelijke ordening is een norm ontwikkeld waarop de aansprakelijkheid van de toezichthouder kan worden gebaseerd:⁷⁹ een bestuursorgaan dient te handhaven als het een overtreding constateert. Bijvoorbeeld als gronden in strijd met het vigerende bestemmingsplan worden gebruikt. Deze beginselplicht houdt in dat de toezichthouder kan afwijken van zijn plicht, mits voldoende gemotiveerd. Wanneer deze plicht ongemotiveerd wordt geschonden, betekent dit dat de toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld.⁸⁰

d. Relativiteit

In de context van de aansprakelijkheid van de toezichthouder is de relativiteit een mogelijk obstakel. Want waar art. 6:163 BW bepaalt dat geen verplichting tot schadevergoeding bestaat wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, is niet

74 EHRM 30 november 2004, EHRC 2005, 10 (Öneryildiz/Turkije).

75 Vgl. ook Barkhuysen & Diepenhorst 2005, p. 281-322, i.h.b. p. 289-293.

76 In deze zin ook: Van Dam 2006, p. 117 ; Barkhuysen & Diepenhorst 2005, p. 298-303, i.h.b. p. 289-293.

77 Zo Van Dam 2006, p. 117.

78 Van Dam 2006, p. 112-113.

79 Van Ballegooij 2008, p. 146-147.

80 In die zin Van Dam 2006, p. 117; Giesen 2005, p. 118.

altijd duidelijk of de norm dat een toezichthouder zich zou moeten gedragen als een redelijk handelend toezichthouder ook bescherming biedt aan degene die schade heeft geleden. Voor het zoeken naar de strekking van een bepaalde norm kan aanknoping worden gezocht in de parlementaire geschiedenis van de betrokken wet, of ook in de doelen of taken die de toezichthouder zijn toebedeeld.

In het arrest duwbak Linda, dat handelde over de aansprakelijkheid van de toezichthouder, ontbrak volgens de Hoge Raad de relativiteit: de relatie tussen de schade en de geschonden norm.⁸¹ De toezichthouder in kwestie, de Scheepvaartinspectie, had een verplichte keuring aan een duwbak verricht, maar na goedkeuring door de inspectie zonk de duwbak, waarbij schade aan andere schepen werd veroorzaakt. Aan de orde was of de regeling waarop de scheepskeuringen waren gebaseerd, ook strekte tot bescherming van de eigenaren van de schepen. Uit de parlementaire geschiedenis was niet af te leiden dat dit het geval was.

Leek bij Duwbak Linda de relativiteit inderdaad een belemmering voor aansprakelijkheid van de toezichthouder, in de Vie d'Or zaak oordeelt de Hoge Raad dat het toezicht van de Verzekeringskamer mede tot doel heeft het financiële belang van een polishouder te beschermen.⁸² De Hoge Raad kiest dus niet bewust voor het afketsen van de aansprakelijkheid voor alle toezichthouders op het relativiteitsvereiste.

e. Hoofdelijke aansprakelijkheid

Wordt de overheid als nachtwaker aansprakelijk gesteld voor het onrechtmatig nemen van een besluit, het verzuimen toezicht te houden of het verzaken te handhaven, dan zal deze veelal worden aangesproken naast de 'echte', primaire veroorzaker (de exploitant van de vuurwerkfabriek, de café-eigenaar, de bank). De toezichthouder kan voor het geheel van de door hem veroorzaakte schade worden aangesproken door de slachtoffers,⁸³ maar dat neemt niet weg dat de toezichthouder door middel van regres verhaal kan nemen op de oorspronkelijke veroorzaker van de schade. De schade wordt dan over beide veroorzakers verdeeld aan de hand van hun beider schuld.⁸⁴ Vanwege de grote schadeomvang zal de oorspronkelijke veroorzaker waarschijnlijk een ontoereikende verzekeringsdekking hebben en niet voldoende solvent zijn om deze zelf te voldoen. Een deel van de schade die niet aan de toezichthouder kan worden toegerekend zal op deze manier toch ten laste van de toezichthouder komen.

81 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006, 81 (m.nt. J. Hijma).

82 Hoge Raad 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:AW2077, NJ 2008, 527.

83 Vgl. art. 6:7 BW.

84 Zie art. 6:7 BW jo. art. 6:102 BW jo. art. 6:101 BW.

2.2.5.4 Afsluiting

We hebben bekeken of het probleem van insolventie van de dader wordt opgelost door de overheid in haar rol als nachtwaker aansprakelijk te stellen. De slachtoffers lopen daarbij tegen twee problemen aan. Het eerste probleem is dat aansprakelijkheid van de overheid als nachtwaker tot nu toe niet snel wordt aangenomen, zodat slachtoffers hun schade niet alsnog vergoed krijgen. Dit is de hoge lat voor aansprakelijkheid van de overheid als nachtwaker. Slechts wanneer de overheid kort voor de ramp een relevant besluit heeft genomen of tekort is geschoten in het houden van bijzonder toezicht, bij gevaarstelling of bij de schending van een plicht tot handhaving, lijkt ruimte voor aansprakelijkheid. Ten tweede stuit men bij het aansprakelijk stellen van de overheid als nachtwaker op rechtsvragen die niet eerder beantwoord zijn. De noodzakelijke ontwikkeling van het recht geeft dan aanleiding tot lange procedures. Tot nu toe geeft deze oplossing binnen het aansprakelijkheidsrecht dus geen verlichting voor de problemen van de slachtoffers. Het probleem van insolventie blijft bestaan en kan de aanleiding zijn voor de oprichting van schadefonds. Voor het toetsingskader is de vraag, die al eerder is gesteld (nr. 3), van belang: lost het schadefonds het probleem van insolventie op? Met andere woorden: *biedt het schadefonds een volledige vergoeding van schade?*

2.2.6 Onvindbare dader

Als de dader onvindbaar is, zal het slachtoffer van een ramp zijn schade niet kunnen verhalen. In sommige gevallen zal de dader zich, vanaf het begin af aan, opzettelijk schuil houden, in andere gevallen zal er door het verstrijken van de tijd geen dader meer vindbaar zijn (bij sluipende schade). Ik licht dit toe.

De *opzettelijk onvindbare* dader houdt zich gedeisd in verband met de consequenties van zijn daden; denk aan degenen die het burgerluchtvaartuig met vluchtnummer MH17 waarschijnlijk hebben neergeschoten boven Oost-Oekraïne.⁸⁵ Bij dit type dader kan het gaan om een mass exposure of een mass disaster ramp. In veel gevallen zal het geweldsmisdrijven betreffen. Voor deze misdrijven geldt dat een percentage van 35 procent onopgehelderd blijft.⁸⁶

Dat de dader van *sluipende schade* onvindbaar is, kan verschillende oorzaken hebben. De dader kan vele malen verhuisd of zelfs overleden zijn. Bedrijven kunnen failliet gaan, overgenomen worden of van naam veranderen. Voorbeel-

85 Onderzoeksraad voor de veiligheid, *MH17 Crash*, 2015, p. 146. Te raadplegen via: www.onderzoeksraad.nl (laatst geraadpleegd 24 mei 2016).

86 Kalidien & De Heer-de Lange 2015, p. 23. Voor deze categorie slachtoffers is het Schadefonds Geweldsmisdrijven opgericht.

den van sluipende schade zijn de beroepsziekten mesothelioom en organo psycho syndroom (OPS) die zich pas na 20 tot 30 jaar openbaren.

Als het verstrijken van de tijd debet is aan de onvindbaarheid van de dader is het wellicht mogelijk maatregelen te nemen zodat die bedrijven die failliet gaan, worden overgenomen, van naam veranderen of worden opgeheven beter geregistreerd worden. Ook het traceren van de (oude) aansprakelijkheidspolis van een inmiddels niet meer bestaand bedrijf kan problematisch zijn. Een oplossing daarvoor kan worden gevonden in een centrale registratie van verzekeringspolissen. Deze oplossingen bevinden zich binnen het stelsel van het aansprakelijkheidsrecht. Of met die registratie het probleem kan worden opgelost, is een vraag die ik hier niet zal beantwoorden. Het onderzoek richt zich namelijk op de rol van schadefondsen bij de afwikkeling van rampschade. Voor het onderzoek naar de fondsen is het volgende van belang. Onvindbaarheid van de dader kan als probleem worden gelijkgesteld met insolventie: het slachtoffer krijgt zijn schade niet vergoed, ook al is de dader (mogelijk) aansprakelijk. Ik herhaal de vraag voor het toetsingskader (nr. 3): lost het schadefonds het probleem van insolventie op? Oftewel: *geeft het fonds het slachtoffer een volledige vergoeding van schade?*

2.3 SPECIFIEKE PROBLEMEN BIJ DE AFWIKKELING VAN SLUIPENDE SCHADE

Met betrekking tot rampschade hebben we gezien dat er mass disaster en mass exposure accidents zijn. Als het gaat om mass exposure accidents dan kan tussen de blootstelling aan het risico en de openbaring van de schade lange tijd verstrijken. Dat wordt ook wel sluipende schade genoemd. In deze paragrafen komen de specifieke problemen bij de afwikkeling van sluipende schade aan bod. Het gaat om verjaring (§ 2.3.1) en insolventie in verband met dekking in de tijd en overgang van onderneming (§ 2.3.2).

2.3.1 Verjaring

Het leerstuk verjaring kan ervoor zorgen dat schade die na lange tijd ontstaat of aan het licht komt niet meer voor vergoeding in aanmerking komt. In de wet is vastgelegd dat voor de rechtsvordering tot betaling van schadevergoeding als uitgangspunt een relatieve verjaringstermijn van vijf jaar geldt, die begint te lopen vanaf het moment dat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden (art. 3:310 lid 1 BW). Daarnaast geldt voor de rechtsvordering tot schadevergoeding een tweede, absolute verjaringstermijn van twintig jaar, die inhoudt dat de rechtsvordering in ieder geval twintig jaren na de schadeveroorzakende gebeurtenis verjaart (art. 3:310 lid 1 BW). Voor milieuschade en schade als gevolg van

gevaarlijke stoffen geldt een verlengde absolute termijn van 30 jaar (art. 3:310 lid 2 en lid 3 BW).

Voor personenschade geldt sinds 1 februari 2004 slechts de korte relatieve verjaringstermijn van vijf jaar (art. 3:310 lid 5 BW) voor schade die veroorzaakt is vanaf die datum. Deze wetswijziging komt voort uit de problemen van asbestslachtoffers met de ziekte mesothelioom, die een zeer lange incubatietijd kent – soms langer dan de absolute verjaringstermijn van 30 jaar. Voor hen geldt de uitzondering echter niet, daar hun schade al voor 1 februari 2004 is veroorzaakt (art. 119 Ow NBW).⁸⁷

De onbillijke uitkomst voor ‘oude’ slachtoffers is in een aantal arresten door de Hoge Raad verzacht met behulp van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW).⁸⁸ Onder uitzonderlijke omstandigheden kan een beroep op de lange verjaringstermijn naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, bijvoorbeeld wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken inderdaad tot schade zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.⁸⁹ Of de toepassing van de verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, moet voor elk concreet geval worden bepaald aan de hand van alle omstandigheden. De Hoge Raad heeft een aantal gezichtspunten gegeven die door de rechter moeten worden betrokken in zijn afweging:⁹⁰

‘(a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;

(b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;

(c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;

(d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;

87 De motivatie voor dit strenge overgangsregime wordt gevonden in de vergaande gevolgen die de wetswijziging heeft voor potentieel aansprakelijken, met name als het gaat om het bewaren van relevante informatie en het in stand houden van verzekeringsdekking, zie *Kamerstukken II*, 1999/00, 26 824, nr. 3, p. 4.

88 Zie hierover bijvoorbeeld Hartlief 2001, p. 58-62, in het bijzonder, p. 62; HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, *NJ* 2000, 430 (Van Hese/ De Schelde) (m.nt. A.R. Bloembergen), HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5634, *NJ* 2000, 431 (Rouwhof/Eternit) en HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7688, *NJ* 2001, 268 (Soolsma/Hertel).

89 HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635, *NJ* 2000, 430 (Van Hese/ De Schelde).

90 HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430, ro. 3.3 (Van Hese/ De Schelde).

- (e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- (f) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;
- (g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.'

Omdat de gezichtspunten ruimte geven voor interpretatie en omdat onduidelijk is hoe zij zich onderling verhouden, heeft deze rechtspraak tot veel nieuwe uitspraken geleid.⁹¹ Van geval tot geval moet de rechter oordelen of doorbreking van de absolute verjaringstermijn aan de orde is.

In 2014 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in een casus van een mesothelioomslachtoffer geoordeeld dat de absolute verjaringstermijn van tien jaar in Zwitserland in strijd is met het recht op toegang tot de rechter (art. 6 EVRM).⁹² Het hof benadrukt dat wanneer het wetenschappelijk vaststaat dat een persoon niet in staat is om te weten dat hij lijdt aan een bepaalde ziekte, deze omstandigheid in aanmerking moet worden genomen bij de berekening van de verjaringstermijn. Nu de Hoge Raad in de doorbrekings-jurisprudentie meeweegt dat het schade betreft die naar haar aard verborgen is, lijkt Nederland te voldoen aan de eis uit Straatsburg.

Verjaring vormt een probleem bij het verkrijgen van een schadevergoeding voor de slachtoffers van sluipende rampschade. Er zijn hiervoor oplossingen gezocht binnen het aansprakelijkheidsrecht. De wetgever heeft bijvoorbeeld de bepaling voor verjaring aangepast voor toekomstige gevallen van personen-schade, zodat schade die pas na het verstrijken van de lange verjaringstermijn aan het licht komt, niet meer verjaart. Voor oude gevallen heeft de rechtspraak de gevolgen van verjaring verzacht. Of deze oplossingen afdoende zijn, laat ik in het midden. Dit onderzoek concentreert zich op de rol van schadefonds en bij de afwikkeling van rampschade. Voor het onderzoek naar de fondsen is relevant, in het geval een rampcasus sluipende schade vertoont die kan verjaren: *wordt het probleem van verjaring ondervangen door het schadefonds?* Deze vraag gaat op in een andere vraag, die al eerder is gesteld (nr. 1): *welke voorwaarden stelt het fonds aan het slachtoffer en hoe verhouden die zich tot het aansprakelijkheidsrecht?*

91 Er was ook veel onvrede over in de literatuur: Bloembergen in zijn NJ-noot onder het arrest Hese/De Schelde, Van Boom 2000b, p. 55-69 en Smeehuizen 2005, p. 49-60, Jansen, 2009, p. 214-219, later in zijn dissertatie: Smeehuizen 2008, p. 258. Positiever zijn Heerma van Voss & Van der Heijden 2000, p. 1552-1553. Zie uitgebreid Hebly & Lindenbergh 2013.

92 EHRM 11 maart 2014, nrs. 52067/10 en 41072/11 (*Moor en anderen/Zwitserland*). Zie Hebly 2014, p. 40-43.

2.3.2 Insolventie

2.3.2.1 Onvoldoende verzekeringsdekking in de tijd

Insolventie kan optreden door onvoldoende dekking van de aansprakelijkheidsverzekering 'in de tijd'.⁹³ Dit is een belangrijke reden voor het feit dat slachtoffers van sluipende rampschade geen schadevergoeding krijgen. Het hangt samen met de systematiek van deze dekking van bedrijven die achtereenvolgens op basis van *act committed*, *loss occurrence* en *claims made* plaatsvindt.

In de jaren vijftig en zestig was *act committed*-dekking gebruikelijk voor de aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (AVB). Oftewel: de schade moet zijn veroorzaakt gedurende de looptijd van de AVB. Sluipende schade valt dus tientallen jaren na afloop van de verzekering nog onder de dekking. Voor de slachtoffers was dit heel voordelig.⁹⁴ Om het risico van sluipende schade voor de verzekeraars beheersbaar te maken is in de jaren zeventig de *loss occurrence*-dekking ingevoerd.⁹⁵ De schade moest vanaf toen gedurende de looptijd van de AVB zijn ontstaan. Het moment van veroorzaking van de schade was niet relevant, dit kon ook al voor het begin van de verzekering kunnen zijn gebeurd. Mocht het letsel of de zaakbeschadiging zijn ontstaan tijdens de looptijd, dan was ook alle schade die zich pas na afloop manifesteert gedekt.

Om helemaal van de zogenaamde uitloopschade af te komen is de thans gangbare *claims made*-dekking geïntroduceerd:⁹⁶ de vordering tot schadevergoeding moet door de dader of zijn verzekeraar tijdens de looptijd van de verzekering zijn ontvangen.⁹⁷ Voor sluipende schade die zich pas openbaart na afloop van de verzekering wordt dus geen dekking geboden. Het slachtoffer zal dientengevolge zo snel mogelijk een vordering moeten instellen, zodat er meer kans is dat er nog verzekeringsdekking is. Voor de dader kan het daarnaast lastig zijn na afloop van de verzekering ergens anders een verzekering af te sluiten. Hij zal een nieuwe verzekeraar bij het aangaan van de overeenkomst op de hoogte moeten stellen van alle relevante feiten op grond van de mededelingsplicht (art. 7:928 BW).

Het is gebruikelijk de *claims made*-dekking te verzachten met een tweetal clausules. De eerste is de omstandighedendekking. Dit houdt in dat een omstandigheid die tijdens de geldigheidsduur van de verzekering voor de eerste maal schriftelijk wordt aangemeld maakt dat de aanspraak die daaruit voortvloeit geldt als gedaan op de datum van de melding van de omstandig-

93 Dit gaat over de aansprakelijkheidsverzekering van bedrijven, nu vooral bedrijven verantwoordelijk zullen zijn als werkgever, vervuiler of producent.

94 Vgl. Wansink 2006, p. 98; Faure & Hartlief 2002, p. 164.

95 Zie Faure & Hartlief 2002, p. 165; Spier 1998.

96 Het standaard AVB-polismodel dekt de schade sinds 1996 op basis van *claims made*. Zie ook: Wansink 2013, p. 77-78.

97 Faure & Hartlief 2002, p. 165; Wansink 2006a, p. 107.

heid.⁹⁸ Voor nieuwe risico's zal de omstandighedendekking niet gelden, want de verzekerde zal het risico niet als omstandigheid hebben gemeld.⁹⁹

De tweede verzachtende clausule is de namelingsdekking. Deze behelst dat de verzekerde ook nadat de verzekeringsovereenkomst is beëindigd (door de verzekeraar of de verzekerde) het recht heeft tegen betaling de termijn te verlengen waarbinnen hij aanspraken van derden bij de verzekeraar kan melden.¹⁰⁰ Deze aanspraken moeten dan voortvloeien uit activiteiten die zich hebben voorgedaan gedurende de verzekeringsovereenkomst.

In de aansprakelijkheidsverzekering voor personen (AVP) is de dekking niet beperkt, zo blijkt uit de standaard AVP daterend uit 2000; zowel de schade die zich openbaart tijdens de verzekeringsovereenkomst als de schade die is veroorzaakt tijdens de looptijd is gedekt.

Onvoldoende verzekeringsdekking bij sluipende rampschade kan aanleiding geven tot insolventie en vormt daarom een probleem voor het slachtoffer. De veranderende verzekeringsdekking in de tijd heeft dit probleem geen goed gedaan.

2.3.2.2 Overgang onderneming en verzekeringsdekking

Wanneer een bedrijf in de loop der tijd is overgenomen, kan dekking van een aansprakelijkheidsverzekering ontbreken en daarmee insolventie op de loer liggen. Als een bedrijf wordt overgenomen, zijn twee situaties mogelijk.¹⁰¹ In de eerste variant worden de aandelen van een verzekerd bedrijf overgenomen door een andere vennootschap. Dit is een verkrijging onder algemene titel (art. 3:80 lid 2). Omdat de overgenomen vennootschap blijft bestaan, zal de aansprakelijkheidsverzekering worden voortgezet. Problemen ontstaan pas wanneer de overnemende vennootschap de risico's wil onderbrengen bij de eigen aansprakelijkheidsverzekering. Bij een verandering van aansprakelijkheidsverzekering zal de verzekeraar de risico's van het overgenomen bedrijf eerst willen inschatten voordat verzekering plaatsvindt. Als de risico's hoog worden ingeschat (en dat zal zeker zo zijn als sluipende schade wordt vermoed), zal de verzekeraar niet of slechts tegen een hoge premie willen verzekeren.¹⁰² De overname van de aandelen kan zo leiden tot het ontbreken van verzekeringsdekking.

In de tweede situatie gaan alle activa en passiva van een bedrijf over naar het andere bedrijf, zodat er een verkrijging onder bijzondere titel plaatsvindt (art. 3:80 lid 3 BW). De aansprakelijkheidsverzekering gaat niet mee over, en

98 Dit is de omstandighedendekking die is opgenomen in het AVB-polismodel uit 1996. Zie hierover: Wansink 2006a, p. 113-115; Faure & Hartlief 2002, p. 166.

99 Zo: Wansink 2006a, p. 114; Faure & Hartlief 2002, p. 167.

100 Wansink 2006, p. 115-116; Van Huizen, Wezeman & Vvan Eijk-Graveland, 2014, p. 199-200.

101 Zie ook Wansink 2006, p. 120-121.

102 Zo Wansink 2006a, p. 120.

het overnemende bedrijf zal zijn verzekeringsdekking moeten uitbreiden voor het overgenomen bedrijf.¹⁰³ Ook nu zal de verzekeraar die de risico's op sluipende schade voor het overnemende bedrijf hoog inschat niet of slechts tegen een hoge premie willen verzekeren. Omdat het achtergebleven bedrijf de activiteiten beëindigt, zal het daarmee ook zijn verzekering willen beëindigen.¹⁰⁴ In dat geval kan, zo zagen we in de vorige paragraaf, volgens het model aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven nog drie jaar namelding worden gedaan. In deze situatie zal het slachtoffer na drie jaar niet meer op verzekeringsdekking kunnen rekenen.

Wanneer het bedrijf in kwestie inmiddels is opgehouden te bestaan, dan kan het slachtoffer met sluipende schade zich direct wenden tot de betrokken aansprakelijkheidsverzekeraar met een rechtstreekse actie (art. 7:954 BW). Voor een slachtoffer zal het lastig zijn na een lange periode te achterhalen wie de verzekeraar was van een bedrijf dat is opgehouden te bestaan, en of die verzekeraar uitloopdekking biedt voor het risico uit het verleden.¹⁰⁵

Het ontbreken van verzekeringsdekking na overgang van een onderneming kan dus leiden tot insolventie van de dader. Voor onvoldoende verzekeringsdekking in de tijd geldt hetzelfde. Dit leidt tot vragen voor het toetsingskader die we al eerder hebben gezien (nr. 3): *wordt het probleem van insolventie opgelost door een schadefonds? En: biedt het schadefonds het slachtoffer een volledige vergoeding van schade?*

2.4 AFSLUITING

In het voorgaande zagen we dat het slachtoffer bij de afwikkeling van rampschade op problemen stuit in en rondom het aansprakelijkheidsrecht. Die problemen nemen we mee in het vervolg van het onderzoek. Zij vormen namelijk een deel van het toetsingskader bij het onderzoek naar de schadefondsen. De onderzoeksvragen voor de schadefondsen luiden dan, meer algemeen: *met welke van de problemen in en rondom het aansprakelijkheidsrecht heeft het schadefonds in kwestie te maken en: lost het schadefonds deze problemen op?* Overigens, ook als een schadefonds niet beoogt de problemen van het aansprakelijkheidsrecht op te lossen, is die vraag zeer relevant. De schadefondsen voor rampschade die we zullen onderzoeken zijn namelijk allemaal opgericht omdat via het aansprakelijkheidsrecht geen schadevergoeding, slechts gedeeltelijk of pas na lange tijd een schadevergoeding zou worden verkregen. Problemen in of rondom het aansprakelijkheidsrecht zijn daar de oorzaak van. Als de fondsen die problemen niet oplossen, krijgen de rampslachtoffers hun schade alsnog niet (op korte termijn) vergoed. Daarnaast zal het resultaat van het

103 Wansink 2006a, p. 120-121.

104 Zo Wansink 2006a, p. 121.

105 Zo Wansink 2006a, p. 122; Kamphuisen 2005, p. 204-205.

onderzoek ons dichter bij het antwoord op de vraag brengen: kunnen (nog op te richten) fondsen problemen van het aansprakelijkheidsrecht oplossen? In het hierna volgende vat ik de geconstateerde problemen van het aansprakelijkheidsrecht samen en herhaal ik de specifieke toetsvragen die zijn geformuleerd in dit hoofdstuk.

Dat de slachtoffers van rampschade hun schade niet of slechts gedeeltelijk vergoed krijgen, hangt samen met uiteenlopende problemen. Een deel van de problemen komt voort uit het karakter van rampschade: de grote aantallen maken dat de belangen groot zijn en het systeem verstopt raakt, terwijl tegelijkertijd de kans toeneemt dat de dader insolvent is. Insolventie van de dader is vooral een probleem als het een zogenaamde kleine dader betreft: een particulier of een kleine ondernemer. Door het karakter van rampschade neemt de procedure van een rampzaak ook lange tijd in beslag.

Rampschade kan zowel voortkomen uit een *mass disaster accident* als een *mass exposure accident*, maar de problemen voor het slachtoffer komen voor een groot deel overeen. Voor mass exposure, waarbij sluipende schade optreedt, gelden als bijkomende problemen verjaring en insolventie doordat er in de tijd geen dekking van verzekeringspolissen meer is, onder meer omdat de oorspronkelijke onderneming niet meer bestaat.

Een aantal problemen is gelegen in het aansprakelijkheidsrecht zelf. Het slachtoffer kan de verschillende elementen van een onrechtmatige daad niet altijd gemakkelijk bewijzen. Dat deze elementen een drempel vormen voor het slachtoffer om zijn schade te verhalen, is echter goed te verdedigen. Ieder moet immers zijn eigen schade dragen, tenzij er een goede reden is om de schade af te wentelen. Evenzo kan het slachtoffer te maken krijgen met complexe vraagstukken rondom het causaal verband. Diverse uitspraken van de Hoge Raad hebben de scherpe kantjes voor het slachtoffer verzacht. Wanneer het slachtoffer bijvoorbeeld een al te zware bewijslast van het causaal verband moet dragen, kan de rechter gebruikmaken van de omkeringsregel of proportionele aansprakelijkheid aannemen. Ook met de regel voor alternatieve causaliteit (art. 6:99 BW) komt de wetgever slachtoffers tegemoet.

Ook kan het slachtoffer (met schade veroorzaakt voor 1 februari 2004) geconfronteerd worden met een verjaarde vordering, nog voordat de schade zich heeft geopenbaard. De rechter komt het slachtoffer hier eveneens tegemoet. Het strenge verjaringsregime kan opzij worden gezet aan de hand van een genuanceerde toets met een beroep op de redelijkheid en billijkheid.

De problemen bij de afwikkeling van rampschade in het aansprakelijkheidsrecht zijn nu op een rij gezet. Worden deze problemen uit het aansprakelijkheidsrecht opgelost in een schadefonds? Als een fonds schade vergoedt op basis van de vereisten van aansprakelijkheid, dan zullen zich waarschijnlijk dezelfde problemen voordoen als in het aansprakelijkheidsrecht. Hanteert het fonds andere voorwaarden, dan moet worden bekeken of die op hun beurt geen problemen veroorzaken. Verder is relevant of het fonds even ruimhartig

is als of minder ruimhartig is dan het aansprakelijkheidsrecht. Deze overwegingen leiden tot de volgende vragen:

1. *Welke voorwaarden stelt het fonds aan het slachtoffer en hoe verhouden die zich tot het aansprakelijkheidsrecht?*¹⁰⁶ *Sluit het fonds aan bij het aansprakelijkheidsrecht ten aanzien van de kring van gerechtigden?*

Met de afwikkeling van rampschade in het aansprakelijkheidsrecht is veel tijd gemoeid. Dat belemmert veel slachtoffers die ernstige personen- en/of zaakschade hebben geleden. Het tijdsverloop tussen de ramp en het verkrijgen van een definitieve gerechtelijke uitspraak is voor rampslachtoffers bijzonder lang, tenminste tien jaar. De lengte van de civiele procedure bij rampschade is namelijk veel langer dan die van de gemiddelde zaak: die duurt slechts drie jaar tot en met de Hoge Raad. De lange duur komt waarschijnlijk voort uit de grote aantallen slachtoffers, de verschillende procedures die zij aanspannen en de complexe juridische en feitelijke vragen die voorliggen. Dit leidt tot de volgende concrete vraag:

2. *Wordt het probleem van de lange duur van de procedure door het schadefonds opgelost?*

Bij rampschade ontstaan minder problemen als het gaat om een grote dader, zoals een olieconcern of een vliegtuigmaatschappij. Gaat het om een kleine dader, een particulier of een kleine ondernemer, dan zullen de eigen middelen waarschijnlijk ontoereikend zijn en zal de dekking op zijn aansprakelijkheidsverzekering, als gevolg van een beperking of een uitsluiting van de dekking, ook onvoldoende zijn. Tevens kan het procederen zelf de eigen middelen van de dader uitputten, zodat deze uiteindelijk insolvent raakt.

De insolventie van de primaire dader maakt dat het slachtoffer op zoek gaat naar een solvante partij en dan de overheid aanspreekt in haar rol als nachtwaker. Tot nu toe is het echter niet gelukt de overheid daadwerkelijk aansprakelijk te stellen. De lat voor aansprakelijkheid van de overheid ligt hoog. Bij het nemen van een onrechtmatig besluit, als de ramp kort daarop is geschied, of bij het houden van bijzonder toezicht in de vorm van gevaarzetting of de schending van plichten tot handhaving, dan is het niet denkbeeldig dat de overheid in de toekomst voor onrechtmatig handelen of nalaten schadeplichtig kan zijn.

Ten slotte kan de onvindbaarheid van de dader ervoor zorgen dat het slachtoffer van rampschade zijn schade niet vergoed krijgt. Het kan hierbij gaan om een opzettelijk onvindbare dader, of een dader die door het verstrijken van de tijd onvindbaar is, bijvoorbeeld is verhuisd, overleden of failliet is gegaan.

106 De vragen: *wordt het probleem van het bewijs (van het causaal verband) opgelost door de vorming van het schadefonds?* en *wordt het probleem van verjaring opgelost door de vorming van het schadefonds?* heb ik hier algemener geformuleerd.

Insolventie is dus een belangrijk obstakel bij het verkrijgen van een vergoeding via het aansprakelijkheidsrecht. De vraag is dan of het fonds wel voorziet in een volledige vergoeding van schade, en welke schade het vergoedt. Oftewel:

3. *Geeft het schadefonds het slachtoffer wel een volledige schadevergoeding? Welke schade komt voor vergoeding in aanmerking (materiële en immateriële personen-schade, zaakschade, zuivere vermogensschade)?*

Wanneer er niet voldoende middelen zijn om de slachtoffers te compenseren, is een evenredige verdeling van dat wat beschikbaar is de meest rechtvaardige. Betaalt de dader uit eigen zak, dan is een evenredige verdeling buiten een faillissement lastig te bewerkstelligen. In faillissement is een evenredige verdeling wel het uitgangspunt. Dit uitgangspunt geldt ook bij verdeling van het verzekeringsgeld. Dat leidt tot een vraag voor het toetsingskader:

4. *Biedt het schadefonds een evenredige verdeling als geen volledige vergoeding wordt geboden?*

Wanneer de algemene vraag – of de problemen van het aansprakelijkheidsrecht door de vorming van een schadefonds worden opgelost – wordt gesteld, dringt zich een nieuwe vraag op. De wijze van normering van een fonds kan immers slecht gekozen zijn, of de capaciteit van de betrokken medische experts kan onvoldoende zijn. Bij het onderzoek naar de fondsen zal dit duidelijk worden. Ik formuleer daarom een extra vraag voor het toetsingskader:

5. *Leidt de oprichting van het schadefonds tot andere (uitvoerings)problemen?*

Nu de problemen in en rondom het aansprakelijkheidsrecht in kaart zijn gebracht en een deel van het toetsingskader is gegeven, is het tijd voor een laatste overpeinzing.¹⁰⁷ Aan veel van de schurende problemen in het aansprakelijkheidsrecht hebben de wetgever en de rechter een mouw gepast. De problemen die werkelijk resteren voor de slachtoffers van rampen zijn problemen rondom het aansprakelijkheidsrecht zelf: de lange procedure en de insolventie van de dader. In hoofdstuk 5 zal aan deze problemen nader aandacht besteed worden. Nu zullen we ingaan op enkele aspecten omtrent het stroomlijnen van een fonds.

107 De rest van het toetsingskader komt voort uit de Hoofdstukken 3 t/m 5.

