

# SOCIALE ONRUST EN HET CIVIELE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Rianka Rijnhout\*

Door een inkrimpende economie en voortschrijdende inzichten over neveneffecten van technische ontwikkelingen, zoals de gevolgen van de gaswinning in Groningen en de manipulatie van ons voedsel, krijgt het aansprakelijkheidsrecht een rol toegedicht in het wegnemen van sociale onrust. Maar heeft het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk wel de juridische en niet-juridische tools om te zorgen voor (orde)herstel?

## 1 Twee voorbeelden ter introductie

### Voorbeeld 1: gaswinning in Groningen

Sinds 1963 wint de Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM) gas uit het Groningen-gasveld.<sup>1</sup> Tot 1986 kwamen er geen aardbevingen voor in Noord-Nederland, maar sindsdien hebben er bijna 900 plaatsgevonden.<sup>2</sup> Ondanks dat het bij de overheid bekend was dat de gaswinning aardbevingen tot gevolg had, leidden de aardbevingen niet tot (politieke) onrust. De aardbeving van augustus 2012 (3,6 op de schaal van Richter) bracht daarin verandering. Deze aardbeving gaf de minister aanleiding de Tweede Kamer in januari 2013 in te lichten over de onzekerheid ten aanzien van (de kracht) van aardbevingen. Het Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut zou op grond van historische gegevens de maximale sterkte van de aardbevingen veroorzaakt door het Groningse veld niet meer adequaat kunnen inschatten.<sup>3</sup> In januari 2014 werd duidelijk dat er alleen zekerheid bestaat ten aanzien van de risico's op de korte termijn.<sup>4</sup> Een risicoschatting op de lange termijn (vooral voor de periode na vijf jaar) wordt niet mogelijk geacht.<sup>5</sup>

Op dit moment heerst in Groningen grote onrust. Uit een rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid blijkt dat tot 2013 niet zorgvuldig is omgegaan met de veiligheid van de inwoners van Groningen.<sup>6</sup> Een groep inwoners van Groningen heeft zich tot de civiele rechter gewend. En daar ontstaat het dilemma voor de Nederlandse overheid. Zowel de overheid als de inwoners van Nederland zijn financieel of feitelijk afhankelijk van de gaswinning in Nederland, terwijl de neveneffecten daarvan steeds duidelijker worden.<sup>7</sup>

### Voorbeeld 2: renteswapproducten

De financiële crisis zorgde voor grote verliezen bij veel ondernemingen en daarmee voor grote onrust op de arbeidsmarkt en de financiële markt. Een van de oorzaken daarvan is dat ondernemingen voor de crisis risicovolle financiële producten afsloten die

opeens niet het verwachte voordeel opleverden, maar juist grote verliezen tot gevolg hadden. Een voorbeeld daarvan is de renteswap. Een renteswap heeft als doel om renterisico's af te dekken.<sup>8</sup> Dat gebeurt door het ruilen van een variabel rentetarief voor een vast rentetarief (of andersom). Als voorbeeld: onderneming A sluit een lening af en wil een vast rentetarief. In het licht van haar financiële situatie, wordt echter door de *leenbank* een voorstel gedaan om te lenen tegen het variabele tarief van de *Eurobank Interbank Offered Rate* (hierna: EURIBOR), eventueel verhoogd met een vast percentage. Als het leenbedrag hoog genoeg is, heeft onderneming A de mogelijkheid om een (tweede) overeenkomst te sluiten met een *renteswapbank*, waarin wordt bepaald dat 1) onderneming A aan de *renteswapbank* een vaste rente betaalt over het leenbedrag, en dat 2) de *renteswapbank* EURIBOR over het leenbedrag uitkeert aan onderneming A. De facto betaalt onderneming A dan een vast rentetarief.

Aanvankelijk werd ervan uitgegaan dat de EURIBOR hoger zou staan dan de vaste rente en de EURIBOR niet sterk zou dalen. Tijdens de crisis gebeurde dat wel. Bedrijven zoals onderneming A moeten daardoor aanzienlijk meer rente betalen dan gewenst. Daar komt bij dat contractueel is vastgelegd dat bij een te groot verschil tussen de vaste en variabele rente er een opslag betaald moet worden aan de renteswapbank. Die opslag moet ook betaald worden bij een verslechtering van de vermogenspositie van de onderneming.<sup>9</sup> Verder betaalt de onderneming in beginsel de vaste rente over *het nominale bedrag* van de lening, ook als de onderneming tussentijds extra aflost. Er is immers sprake van twee overeenkomsten en over de lotsverbondenheid bestaat onduidelijkheid.<sup>10</sup> Ten slotte wordt er voorts nog van uit gegaan, dat er een vergoeding voor de negatieve waarde van de renteswap (vast tarief is hoger dan EURIBOR) moet worden geboden aan de *renteswapbank* als de onderneming tussentijds de lening volledig afbetaalt.<sup>11</sup>

\* Dr.mr. R. Rijnhout is verbonden aan het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law*, Universiteit Utrecht.

- Delen van deze alinea zijn afgeleid van E.C. Gijselaar, R. Rijnhout & J.M. Emaus, 'Gasboringen in Groningen en aansprakelijkheid van de NAM', *AA* 2014, p. 801-803 (AA20140801).
- <http://feitenencijfers.namplatform.nl/aardbevingen>.
- Kamerstukken II* 2012/13, 33529, 1, p. 2.
- Kamerstukken II* 2013/14, 33529, 28, p. 3.
- Kamerstukken II* 2013/14, 33529, 28, p. 3.
- Onderzoeksraad voor veiligheid, *Aardbevingsrisico's in Groningen*, p. 88-91, [www.onderzoeksraad.nl/nl/onderzoek/1991/aardbevingsrisico-s-in-groningen/publicatie/1620/veiligheid-geen-rol-bij-gaswinning-groningen](http://www.onderzoeksraad.nl/nl/onderzoek/1991/aardbevingsrisico-s-in-groningen/publicatie/1620/veiligheid-geen-rol-bij-gaswinning-groningen).
- Over de gasbaten: *Kamerstukken II* 2013/14, 33529, 28, p. 2. Over de feitelijke afhankelijkheid van het Groningse gas: [www.gasterra.nl/en/products-and-services/todays-market/groningen-gas-and-high-calorific-gas](http://www.gasterra.nl/en/products-and-services/todays-market/groningen-gas-and-high-calorific-gas).
- O.a. V.Y.E. Caria, 'De (bijzondere) zorgplicht van banken jegens ondernemers bij renteswaptransacties', *O&F* 2014, afl. 2, p. 39.
- [www.renteswapschadeclaim.nl/renteswap](http://www.renteswapschadeclaim.nl/renteswap) en [www.kmvg.nl/maatschappelijk-vastgoedalgemeen/renteswaps-hoe-werkt-het-door-C-van-den-Borne](http://www.kmvg.nl/maatschappelijk-vastgoedalgemeen/renteswaps-hoe-werkt-het-door-C-van-den-Borne).
- R.J.W. Analbers, 'De gevolgen van samenhang tussen een leningsovereenkomst en een renteswap', *MvV* 2013, afl. 11, p. 306-311.
- Bijv. Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052.



Veel ondernemingen verkeren door de renteswap-producten in zwaar weer.<sup>12</sup> Die ondernemingen stellen dat de banken hun privaatrechtelijke zorgplicht hebben geschonden door onvoldoende te waarschuwen voor financiële risico's. Tegelijkertijd hebben vele ondernemingen ook kunnen profiteren vanwege het bestaan van derivaten zoals renteswaps, omdat daardoor de rente (kunstmatig) laag kon worden gehouden.

## 2 Aansprakelijkheidsrechtelijke obstakels

De Stichting Waardevermindering door Aardbevingen Groningen dagvaardde de NAM ter vergoeding van de schade veroorzaakt door de gasboringen. Met regelmaat wordt geprocedeerd tegen banken ter vergoeding van schade veroorzaakt door risicovolle financiële producten. Maar ook andere situaties van sociale onrust zoeken naar een plek binnen het aansprakelijkheidsrecht. Denk hierbij aan de toegewezen vordering van de Stichting Urgenda, waardoor de Nederlandse staat gedwongen wordt een stringenter klimaatbeleid te voeren, en aan de vordering van Stichting Milieudefensie en drie Nigeriaanse boeren die Shell Nederland verantwoordelijk willen houden voor de schade veroorzaakt door de oliewinning in Nigeria.<sup>13</sup> Een voorbeeld voor de toekomst is de vergoeding van schade veroorzaakt door het consumeren van gevaarlijk voedsel.<sup>14</sup>

Al deze zaken kregen en krijgen een plek binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, maar de benadeelden lopen wel tegen aansprakelijkheidsrechtelijke obstakels op. Zo is het bijvoorbeeld de vraag welke schade van de Groningers is veroorzaakt door de gasboringen. Moet schadevergoeding worden geboden voor waardedaling van woningen in Groningen die niet zijn beschadigd door aardbevingen? En zouden zij een smartengeldbedrag moeten ontvangen?<sup>15</sup> Vragen rijzen ook voor wat betreft vorderingen jegens banken. Welke privaatrechtelijke zorgplicht rust op banken in het kader van renteswapproducten? Moeten banken, analoog aan de uitkomst in zaken over effectenleaseproducten, een cliëntprofiel opstellen en hun advies daarop afstemmen? Moeten banken tijdens de looptijd van de overeenkomst ondernemingen waarschuwen voor de risico's die voortvloeien uit het tussentijds beëindigen van de renteswapovereenkomst?<sup>16</sup> En in hoeverre gelden deze 'regels' ook voor andere risicovolle financiële producten? Om dan nog maar te zwijgen over de causaliteitsvragen die rijzen in dit type geschillen.<sup>17</sup>

Ten aanzien van al deze juridische obstakels bestaan mechanismes binnen het aansprakelijkheidsrecht die het mogelijk maken deze te overwinnen. Denk hierbij aan gebodsacties, bijzondere zorgplichten, bewijsvermoedens, proportionele aansprakelijkheid, verlies van een kans, hoofdelijkheid, oprekking van het schadebegrip, etc. Steeds is echter onduidelijk of en waarom die theorieën toegepast zouden mogen worden. En welke rol zouden de neveneffecten van de juridische oplossing moeten spelen bij die besluitvorming? Denk hierbij aan de inkrimping van de staatsinkomsten en de beperkingen die banken ervaren waardoor minder vlot leningen worden verstrekt of rentetarieven stijgen.

## 3 Het aansprakelijkheidsrecht is niet altijd het passende middel

Iets dat onderbelicht blijft, zeker in de opleiding van jonge juristen, is de gebrekkige meerwaarde van het civiele aansprakelijkheidsrecht voor benadeelden. Waaraan hebben de inwoners van Groningen die geconfronteerd worden met de gevolgen van de gaswinning, nu feitelijk behoefte? Is het echt enkel schadevergoeding wat zij willen? In een bericht op NU.nl van 8 juni 2015 valt te lezen dat de bewoners van het Groningse aardbevingsgebied zich niet serieus genomen voelen, omdat de directeur van de NAM niet aanwezig was bij de comparitie van partijen.<sup>18</sup> Het doel van de rechtszaak is schadevergoeding en de NAM werd vertegenwoordigd om die vordering te bestrijden. Waarom zou de directeur van de NAM daarbij aanwezig moeten zijn? Kan het zo zijn dat de Groningers behoefte hebben aan meer dan schadevergoeding?

Uit onderzoek onder letselschadeslachtoffers blijkt dat zij niet alleen behoefte hebben aan financiële zekerheid, maar ook onder andere aan erkenning van hun leed, excuses, weten wat er precies is gebeurd en voorkomen dat anderen hetzelfde overkomt in de toekomst.<sup>19</sup> Die erkenning en preventie wordt niet altijd geboden in en door een civiele procedure.<sup>20</sup> Om nog maar te zwijgen over het feit dat het schadevergoedingsrecht, dat herstel beoogt, ervoor zorgt dat letselschtoffers die schadevergoeding vorderen zeker uit de strijd komen dan benadeelden die geen vordering indienen.<sup>21</sup> Hoewel onduidelijk is of deze conclusies kunnen worden doorgetrokken naar de Groningse benadeelden, kan men zich afvragen of het (huidige) civiele proces kan voorzien in hun behoeftes.

Tot slot rijst een vraag van geheel andere orde. Zouden ondernemingen in de toekomst terughoudender zijn met het afsluiten van risicovolle financiële producten, ook als zij door de banken expliciet gewezen worden op de risico's daarvan? Of laten zij zich toch weer leiden door het idee dat er op creatieve wijze winst gemaakt kan worden? De echte 'effectiviteitstest' voor de civielrechtelijke zorgplichten moet dus nog volgen. Een ding is echter helder: thans lijken de wetgever en de rechter de ondernemingen tegemoet te komen door het introduceren van bijzondere zorgplichten en vermoedens van causaliteit. Het is maar de vraag of zij in de toekomst weer zo ruimhartig zullen zijn als ondernemingen zich wederom in een financieel avontuur storten.

## 4 Studenten: ontrafel het web

Het aansprakelijkheidsrecht krijgt een rol toegedicht bij het wegnemen van sociale onrust. Maar, realistisch gezien, kan het aansprakelijkheidsrecht slechts in beperkte mate in die rol voorzien. Het ontbeert dit vakgebied (in sommige casus) aan de tools om te zorgen voor schadevergoeding, erkenning, genoegdoening en preventie. Een oproep daarom aan alle (nieuwe) studenten: laat je niet afleiden door rijtjes van vereisten die jullie je tijdens de studie eigen (gaan) maken. Onttrafel het web van het aansprakelijkheidsrecht, bezin je op de grenzen en beperkingen daarvan bij het wegnemen van sociale onrust, en bedenk hiervoor creatieve oplossingen, die evengoed gevonden kunnen worden in andere rechts- of vakgebieden dan het aansprakelijkheidsrecht.

12 Illustratief is de oprichting van Rentewapschadeclaims, [www.rentewapschadeclaim.nl/renteswap](http://www.rentewapschadeclaim.nl/).

13 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9845 en ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9850.

14 Risico's kunnen worden veroorzaakt door bijvoorbeeld groot-schalig gebruik van antibiotica in de veeteelt of het gebruik van de hormoonverstoorder Bisphenol A in de verpakkingindustrie. O.a. J. Kluytmans, C. Vandenbroucke-Grauls & J.W. van der Meer, 'Antibiotica-resistentie: maatregelen hoognodig', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2010;154:A2261, p. 1-10; J.E. Roelofs, 'Structural bisphenol analogues differentially target steroidogenesis in murine MA-10 Leydig cells as well as the glucocorticoid receptor', *Toxicology* 2015, 329C, p. 10-20.

15 Gijsselaar, Rijnhout & Emaus 2014, p. 81-82.

16 In deze zin Hof 's-Hertogenbosch 15 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1052.

17 O.a. J. de Bie Leuveling Tjeenk, 'Het csqn-verband in het financiële aansprakelijkheidsrecht', *MvV* 2014, afl. 12, p. 322-324.

18 [www.nu.nl/binnenland/4064296/groningers-boos-wegblijven-directeur-nam.html](http://www.nu.nl/binnenland/4064296/groningers-boos-wegblijven-directeur-nam.html).

19 O.a. R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: WODC 2007, p. 81-82; S.D. Lindenberg & P. Mascini, 'Schurende dilemma's in het aansprakelijkheidsrecht', in: W.H. van Boom e.a., *Handboek empirie en privaatrecht. Capita Civilologie*, Den Haag BJU 2013, p. 439. Zie over deze thematiek vanuit verschillende invalshoeken S.D. Lindenberg & A.J. Akkermans, *Ervaringen met verhaal van schade*, Den Haag: BJU 2014.

20 A.J. Akkermans & L. Hulst, 'De niet-financiële impact van schadedetoebrenging en hoe daaraan tegemoet te komen', *TVP* 2014, afl. 4, p. 102-110.

21 N.A. Elbers & A.J. Akkermans, 'Epidemiologische inzichten in het effect van letselschadeafwikkeling op herstel en de zoektocht naar mogelijkheden voor verbetering', *TVP* 2013, afl. 2, p. 33-39.