

RECHTERLIJKE RISICOREGULERING EN HET EVRM: OVER DREMPELS OM DE CIVIELE RECHTER ALS RISICOREGULEERDER TE LATEN OPTREDEN

Elbert de Jong *

Samenvatting | De afgelopen tijd zijn er verschillende civielrechtelijke procedures tegen de overheid gevoerd die kunnen worden gezien als verschijningsvormen van rechterlijke risicoregulering bij gezondheids- en milieurisico's. Rechterlijke risicoregulering houdt in dat aansprakelijkheidsrechtelijke procedures reguleringseffecten teweeg kunnen brengen die verder rijken dan de voorliggende procedure en zo tot veranderingen in de (overheids)regulering van risico's kunnen leiden. In deze procedures speelt de leer van de positieve verplichtingen zoals die is ontwikkeld onder artikel 2 en artikel 8 EVRM een belangrijke rol. Dit artikel behandelt enkele belangrijke juridische omstandigheden die bepalend zijn voor de mate waarin men met de onder het EVRM ontwikkelde positieve verplichtingen in de hand, de rechter als risicoreguleerder kan laten optreden. Een en ander wordt geïllustreerd aan de hand van rechtszaken ten aanzien van asbest, de Q-koortsuitbraak, het Nederlandse klimaatbeleid, het Nederlandse luchtkwaliteitsbeleid en de invloed van de tabakslobby op het Nederlandse volksgezondheidsbeleid. Hoewel op papier het EVRM een belangrijk middel verschaft om te komen tot rechterlijke risicoregulering, bestaan er in de praktijk de nodige drempels om de civiele rechter als risicoreguleerder in stelling te brengen.

Trefwoorden | Rechterlijke risicoregulering, positieve verplichtingen, maatschappelijke impact van het aansprakelijkheidsrecht
[artikel 2 en 8 EVRM]

Navigator van Wolters Kluwer | NTM-NJCM Bull. 2018/16

1 Introductie

1.1 Maatschappelijke verandering via rechterlijke risicoregulering?

De afgelopen jaren is de overheid in veelal spraakmakende procedures verweten niet adequaat te reageren (of te hebben gereageerd) op de gezondheids- en milieurisico's van onder meer Q-koorts,¹ asbest,² tabak,³ CO₂-uitstoot,⁴ gaswinning⁵ en luchtvervuiling.⁶ De onder artikel 2

■ Mr. dr. E. de Jong is als Universitair Hoofddocent verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL) (www.uu.nl/ucall) en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Tot april 2018 was hij, in het kader van een NWO-Rubiconbeurs voor onderzoek naar Judge-made risk regulation, verbonden als visiting fellow aan het Institute of European and Comparative Law en Corpus Christi College van Oxford University. De auteur is te bereiken op E.R.deJong@uu.nl. De auteur dankt Ivo Giesen en Ellen Gijssels (par. 2 en 3) voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel.

1 Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, JA 2017/42, m.nt. J.H.G. Verweij-Hoogendijk (Q-koorts).

2 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier.

3 Rb. Den Haag 9 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12746 (Tabakslobby).

en artikel 8 van het EVRM ontwikkelde positieve verplichtingen spelen in deze procedures een belangrijke rol bij de beoordeling van het gewraakte overheidshandelen.

Naast dat in deze procedures aan (potentiële) slachtoffers getracht wordt rechtsbescherming te bieden tegen (dreigende) inbreuken op artikel 2 en 8 EVRM, kunnen zij ook worden gezien als verschijningsvormen van rechterlijke risicoregulering.⁷ Centraal aan dat concept – dat nader wordt uitgewerkt in paragraaf 4 – is dat de dreiging van procedures, het proces als zodanig, de uiteindelijke uitspraak en de handhaving daarvan, al dan niet beoogd, de manier waarop de overheid omgaat met gezondheids- en milieurisico's kunnen beïnvloeden.⁸ Het gaat er daarbij in het bijzonder om dat procedures beleidseffecten teweeg (kunnen) brengen die verder reiken dan de specifieke procedure en het daarin voorliggende risicovraagstuk.

In de literatuur wordt er al langere tijd voor gepleit om via de civielrechtelijke weg maatschappelijke verandering teweeg te brengen.⁹ Ook in de rechtspraak zien we dat partijen hiernaar streven. De wereldwijde inzet van het (civiele) recht om klimaatverandering aan te pakken, en met name de *Urgenda*-uitspraak, springt daarbij natuurlijk als eerste in het oog.¹⁰ Maar een dergelijke inzet van het civiele recht hebben we ook gezien ten aanzien van de invloed van de tabakslobby op het volksgezondheidsbeleid,¹¹ het rookverbod in kleine cafés,¹² rookruimtes in de horeca,¹³ en de Nederlandse luchtkwaliteit.¹⁴ Bovendien beperkt de inzet van het civiele recht om te komen tot maatschappelijke verandering zich hier ter lande niet tot het domein van gezondheids- en milieurisico's, zo illustreren procedures ten aanzien van het vluchtelingenbeleid,¹⁵ de opslag van vingerafdrukken,¹⁶ de positie van vrouwen binnen de SGP¹⁷ en – iets langer geleden – het stallen van kruisraketten in Nederland.¹⁸ Kenmerkend

4 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*).

5 Bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, JA 2017/88, m.nt. F.I. van Dorsser.

6 Bijvoorbeeld Rb. Den Haag 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14947; Rb. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171; Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380.

7 E.R. de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering bij gezondheids- en milieurisico's', AA 2015, p. 872-881; E.R. de Jong, 'Judicial Risk Regulation through Tort Law', *European Journal of Risk Regulation* 2018/1, p. 14-33.

8 Zie in het bijzonder het recent verschenen special issue van het *European Journal of Risk Regulation* (2018/1). Zie verder: W.K. Viscusi (ed.), *Regulation through Litigation*, Washington D.C.: American Enterprise Institute-Brookings Institution 2002; A.P. Morris, B. Yandle & A. Dorchak, *Regulation by Litigation*, New Haven: Yale University Press 2008, p. 1; B. Ewing & D. Kysar, 'Prods and Pleas: Limited Government in an Era of Unlimited Harm', *Yale Law Journal* 2011/121, p. 350-424; P. Luff, 'Risk Regulation and Regulatory Litigation', *Rutgers Law Review* 2011/61, p. 73-115; M.G. Faure, 'The Complementary Roles of Liability, Regulation and Insurance in Safety Management: Theory and Practice', *Journal of Risk Research* (17) 2014, afl. 6, p. 689-707; L. Enneking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', NJB 2014/23, p. 1542-1551; P. Luff, 'The Political Economy of Court-Based Regulation,' in: U. Mattei & J.D. Haskell (eds.), *Research Handbook on Political Economy and Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2015, p. 192; M.A. Loth, 'Risicoregulering door de burgerlijke rechter: een categoriefout, of een nieuw perspectief?', AV&S 2017/18.

9 Zie eveneens T. Hartlief, 'Privaatrecht in Nood', in: E.R. Muller e.a., *Crises Rampen en recht, Preadviezen voor de jaarvergadering van de NJV*, Deventer: Kluwer 2014, p. 65-195, p. 137 e.v.; Enneking & De Jong 2015 (supra noot 8).

10 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*).

11 Rb. Den Haag 9 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12746.

12 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (*Staat/CAN*).

13 Gerechtshof Den Haag 12 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:172.

14 Rb. Den Haag 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14947; Rb. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171; Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380.

15 Gerechtshof Den Haag 20 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1664.

16 HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, NJ 2016/262, m.nt. H.J. Snijder (*Privacy First*).

17 HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

aan deze procedures is dat het de eisers veelal niet alleen gaat om het winnen van de specifieke procedure, maar ook om de bredere maatschappelijke uitstraling van de procedure.

Met enige slag om de arm kan men stellen dat *impact litigation* in het Nederlandse (aansprakelijkheids)recht aan een opmars bezig is,¹⁹ getuige de oprichting van het PILP in Leiden,²⁰ de wetenschappelijke en beleidsmatige aandacht voor de rol van het aansprakelijkheidsrecht bij het reguleren van risico's en het voorkomen van schade,²¹ en ten slotte het feit dat de weg naar de civiele rechter ook daadwerkelijk wordt bewandeld.

Het concept rechterlijke risicoregulering beperkt zich niet tot de hiervoor besproken procedures. Ook 'traditionele' aansprakelijkheidsrechtelijke procedures waarin de rechter wordt gevraagd rechtsbescherming te bieden tegen het dreigende of reeds plaatsgevonden (vermeend) onrechtmatige overheidshandelen én om de als gevolg van dit onrechtmatig handelen verstoorde balans te herstellen, bijvoorbeeld door een schadevergoedingsplicht aan de overheid op te leggen, kunnen worden gezien als een vorm van rechterlijke risicoregulering (zie nader paragraaf 4). Ofschoon de eisers niet zozeer hun pijlen hebben gericht op het teweegbrengen van maatschappelijke verandering, *kunnen* dergelijke procedures (ook) reguleringseffecten teweegbrengen.²² Zo wordt in de literatuur en rechtspraak algemeen aanvaard dat door het aannemen van een schadevergoedingsplicht bij overheidsaansprakelijkheid publieke middelen onder druk kunnen komen te staan, met eventuele bezuinigingen en beleidswijzigingen op andere terreinen als gevolg.²³

De hiervoor beschreven ontwikkeling en het concept rechterlijke risicoregulering in het algemeen, roept empirische en juridisch-normatieve vragen op. De belangrijkste normatieve vragen zijn gerelateerd aan de positie van de rechter ten opzichte van de andere staatsmachten²⁴ en aan het inhoudelijke oordeel van de rechter: (hoe) moet hij rekenschap afleggen van de (mogelijke) maatschappelijke impact van zijn rechtspraak en hoe komt hij aan informatie over

18 HR 10 november 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AC1679, NJ 1991/248, m.nt. P.H. Kooymans (*Kruisraketten*).

19 Zie ook Enneking & De Jong 2015 (*supra* noot 8). Uiteraard kan maatschappelijke verandering ook teweeg worden gebracht via bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedures.

20 Waarbij het recht expliciet als tool wordt ingezet om 'sociale, politieke of juridische veranderingen te proberen teweeg te brengen,' aldus de website. Zie <https://pilpnjcm.nl/en/>. Laatst geraadpleegd op 20 februari 2018.

21 Zie voor verwijzingen De Jong 2015 (*supra* noot 7), p. 872; Zie eveneens A.L.M. Keirse, *Schadevoorkomingsplicht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2017, alsmede T. Hartlief, 'Innovatie, wetgeving 2.0 en rechtspraak die daarbij past', *NJB* 2016/880; T. Hartlief, 'Leefbaar Nederland', *NJB* 2017/1753.

22 Zie in het bijzonder D. Kysar, 'The Public Life of Private Law: Tort Law as a Risk Regulation Mechanism', *European Journal of Risk Regulation* 2018/1, p. 48-65.

23 J. Spier, 'Gedachten over een vastgelopen stelsel', *AV&S* 2014/6; T. Hartlief, 'De Agenda van het aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & M.G. Faure (ed.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 15-33, p. 228. Zie HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*); HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, NJ 2012/689 (*Dordtse paalrot*); HR 12 juli 2013 ECLI:NL:HR:2013:102, *RvdW* 2013/955 (*Plakoksel*); HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1091, *RvdW* 2014/691 (*Fietstersbrug over de Dommel*); HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Deventer*). Vgl: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022.

24 Zie hierover M.A. Loth, 'The Civil Court as Risk Regulator: The Issue of Its Legitimacy', *European Journal of Risk Regulation* 2018/1, p. 66-78. Zie eveneens E.R. de Jong, 'Legitimiteitsperspectieven op rechterlijke participatie bij vermeend overheidsfalen', *Tijdschrift voor Gezondheidsschade, Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* 2017/3, p. 4-15 en Kysar 2018 (*supra* noot 22).

die maatschappelijke gevolgen?²⁵ De belangrijkste empirische vraag luidt in essentie wanneer de rechter daadwerkelijk als risicoreguleerder kan optreden en veranderingen in de overheidsregulering ten aanzien van de litigieuze en andere gezondheids- en milieurisico's teweeg kan brengen.

1.2 Opbouw & beperkingen van dit artikel

Dit artikel richt zich op de hiervoor aangehaalde empirische vraag. Om teleurstelling te voorkomen dienen de (secundair empirische) pretenties van deze bijdrage ook meteen te worden afgezwakt. Naar de daadwerkelijke maatschappelijke impact van procedures op (overheids) beleid bij gezondheids- en milieurisico's is slechts in beperkte mate empirisch onderzoek gedaan.²⁶ Een groot deel van de bestaande kennis over de maatschappelijke impact van het aansprakelijkheidsrecht is anekdotisch van aard. De beschikbare empirische studies zien daarnaast op de maatschappelijke impact van procedures in Angelsaksische landen, zoals de V.S. en Australië.²⁷ Hoewel het (overheidsaansprakelijkheids) recht in deze landen in een andere maatschappelijke, politieke en juridische context opereert dan in Nederland, kunnen deze studies desalniettemin een indicatie geven voor de Nederlandse situatie.²⁸ Zij kunnen ons iets leren over de mechanismen waarmee en de omstandigheden waaronder aansprakelijkheidsrechtelijke procedures al dan niet tot maatschappelijke verandering kunnen leiden.

Deze methodologische beperkingen brengen met zich dat in dit artikel geen harde empirische uitspraken worden gedaan over de vraag of, en indien ja in welke mate specifieke procedures daadwerkelijk tot een verandering in het overheidsbeleid hebben geleid. Dit artikel beperkt zich tot een (niet uitputtende) bespreking van belangrijke juridische omstandigheden die mede bepalend zijn voor de mate waarin met het EVRM in de hand, de rechter als risicoreguleerder in stelling kan worden gebracht. Om de analyse te concretiseren, wordt besproken hoe deze omstandigheden uitwerking hebben gekregen in vijf Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsprocedures waarbij een beroep is gedaan op artikel 2 en/of 8 EVRM. Het gaat hier om procedures over toezichtsfalen bij de naleving van asbestregelgeving (hierna: '*Asbestfalen*'),²⁹ de gevolgen

25 E.R. de Jong & T.E. van der Linden, 'Rechtspreken met oog voor macro-effecten? Een bespreking van de mogelijkheden om rekenschap te geven van macro-effecten in het aansprakelijkheidsrecht', *NTBR* 2017/2, p. 4-16; E.R. de Jong, 'De alles overziende rechter? Over rechtsvorming met oog voor macro-effecten', in: T. Hartlief & M.G. Faure (ed.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 51-67.

26 Zo concluderen ook P. Cane, 'Consequences in Judicial Reasoning', in: J. Horder (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press 2000 en C. Smulovitz, 'Law and Courts Impact on Development and Democratization', in: P. Cane & H.M. Kritzer (eds.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press 2010.

27 N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change? Second edition*, Chicago: University of Chicago Press 2008; A. Shleifer, *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*, Massachusetts: The MIT Press 2012; J. Peel & H.M. Osofsky, *Climate Change Litigation; Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge: Cambridge University Press 2015.

28 Zie over methodologische thema's in dit verband: G. Dannemann, 'Comparative Law: Study of Similarities or Differences?', in: M. Reimann & R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press 2006; U. Magnus, 'Why is U.S. Tort Law so Different?', *Journal of European Tort Law* 2010, volume 1, issue 1, p. 102.

29 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier.

van de Q-koortsuitbraak (hierna: *Q-koorts*),³⁰ het klimaatbeleid (*Urgenda*),³¹ de invloed van de tabakslobby op het volksgezondheidsbeleid (hierna: *Tabakslobby*)³² en de uitspraak in de bodemprocedure over het luchtkwaliteitsbeleid (hierna: *Luchtvervuiling*).³³ In sommige van deze procedures is hoger beroep ingesteld. Dit betreft *Q-koorts*, *Luchtvervuiling* en *Urgenda*. Het spreekt voor zich dat de uitkomsten in hoger beroep ook van invloed zijn op het betoog in dit artikel.

Aangevangen wordt met een bespreking van deze vijf procedures en de betekenis van artikel 34 EVRM (paragraaf 2) en de leer van positieve verplichtingen daarin (paragraaf 3). Zowel de betekenis van artikel 34 EVRM als de uitwerking van de leer van de positieve verplichtingen in concrete procedures zijn belangrijke omstandigheden om via het civiele aansprakelijkheidsrecht al dan niet tot rechterlijke risicoregulering te kunnen komen. Vervolgens wordt besproken waarom deze vijf procedures als verschijningsvormen van rechterlijke risicoregulering kunnen worden gezien (paragraaf 4). Hierop aansluitend worden drie factoren behandeld die een beperkende werking kunnen hebben op de mate waarin men de rechter daadwerkelijk als risicoreguleerder kan laten optreden. Daarbij wordt ook behandeld of, en zo ja hoe deze factoren uitwerking hebben gekregen in de hiervoor aangehaalde vijf procedures. Het gaat hier om de reikwijdte en inhoudelijke betekenis van het EVRM (paragraaf 6), het gevaar van wijsheid van achteraf, de positie van de rechter ten opzichte van de overheid bij het beoordelen van complexe risicoproblemen, en het bewijzen van kennis aan de zijde van de overheid (paragraaf 7). In de afsluiting wordt besproken dat ondanks de in potentie brede werking van het EVRM, de *leverage* die het EVRM in de praktijk biedt om tot wijzigingen in het overheidsbeleid bij gezondheids- en milieurisico's te komen, vooralsnog, beperkt lijkt te zijn. Zoals in de afsluiting wordt behandeld, zijn er evenwel enkele kanttekeningen bij die analyse te plaatsen en blijven er belangrijke vragen onbeantwoord (paragraaf 8).

2 Artikel 34 EVRM: te omslachtig?

In *Luchtvervuiling* en *Urgenda* lag de vraag voor of artikel 34 EVRM in de wegstaat aan een beroep op het EVRM door een belangenorganisatie. Mocht die vraag bevestigend worden beantwoord, dan is dat een serieuze drempel om de rechter op grond van het EVRM in te schakelen voor risicoregulering. Hoewel in beide procedures werd ingegaan op dat artikel, is het, zoals hieronder wordt besproken, de vraag in hoeverre artikel 34 EVRM gewicht toekomt bij het beoordelen van een beroep op het EVRM voor de Nederlandse rechter. Alvorens ik hier aan toekom, bespreek ik eerst kort artikel 34 EVRM en de omgang daarmee in de Nederlandse rechtszaken.

Artikel 34 EVRM regelt wie wanneer een klacht kan indienen bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). Het bepaalt onder meer dat een beroep op het EVRM voor het Hof openstaat voor slachtoffers van een gestelde schending van de in het verdrag opgenomen mensenrechten.³⁴ Het EVRM kent geen *actio popularis*³⁵ en het is niet mogelijk

30 Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, JA 2017/42, m.nt. J.H.G. Verweij-Hoogendijk (*Q-koorts*).

31 Rb. Den Haag, 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*).

32 Rb. Den Haag, 9 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12746 (*Tabakslobby*).

33 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380 (*Luchtvervuiling*). Zie voor het kort geding Rb. Den Haag 7 september 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:10171.

34 Althans actoren die claimen slachtoffer te zijn.

om overheidsgedrag, beleid en/of wetgeving bij het EHRM aan te vechten puur op de grond dat men het 'niet eens is' met de gekozen overheidskoers.³⁶ Om als slachtoffer te kwalificeren moet, kort gezegd, de klager direct of indirect worden aangetast in zijn recht op leven en/of familie- en gezichtsleven door de gestelde verdragsschending. Uit de aard van de rechten die worden beschermd door artikel 2 en 8 EVRM vloeit voort dat ngo's geen slachtoffer kunnen zijn van een schending van deze rechten.³⁷ Zij kunnen zich derhalve niet op deze artikelen beroepen bij het EHRM, voor zover zij opkomen voor hun eigen belangen. Het is de vraag of zij wel ontvankelijk kunnen zijn wanneer zij opkomen voor de gebundelde belangen van individuele slachtoffers. Aan de ene kant heeft het Hof overwogen dat (ook) ngo's die uitsluitend tot doel hebben om slachtoffers bijstand te bieden niet ontvankelijk zijn, ook niet indien het belangrijkste doel van een ngo is om mensenrechten te beschermen.³⁸ Aan de andere kant heeft het Hof in sommige (schrijnende) gevallen de toegangspoorten tot het EVRM voor belangenorganisaties geopend die opkomen voor de belangen van een (of meerdere) slachtoffer(s).³⁹

In het arrest over asbestfalen en *Q-koorts* was artikel 34 EVRM logischerwijs geen onderwerp van debat, aangezien daar individuele slachtoffers de Staat voor schadevergoeding aanspraken. In de procedure over de Nederlandse luchtkwaliteit neemt de rechtbank als uitgangspunt dat Milieudefensie en de Stichting Adem opkomen voor de gebundelde belangen van de inwoners van Nederland en die van Rotterdam.⁴⁰ Ze oordeelt, weliswaar met een slag om de arm, vervol-

35 Zie voor uitzonderingen: E.R. Rieter, M.L. van Emmerik & T. Barkhuysen, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 43. Zie onder meer EHRM 29 April 2008, 13378/05, par. 33 (*Burden/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 15 maart 2010, 4149/04 en 41029/04, par. 50 (*Aksu/Turkey*); EHRM 27 april 2010, 7/08, par. 104 (*Tănase/Moldavië*); EHRM 12 mei 2019, 18215/06, par. 1 (*Greenpeace/Duitsland*). Zie W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights: a commentary*, Oxford: Oxford University Press 2016, p. 738 voor verdere verwijzingen.

36 Spier tekent daarnaast aan dat (ook) art. 13 EVRM niet meebrengt dat een rechtsmiddel moet bestaan om voor de nationale rechter strijdigheid van wetgeving met het EVRM ter discussie te stellen. Spier verwijst naar EHRM 19 oktober 2005, 32555/96, par. 137, *NJ* 2009/453 met verwijzing naar andere rechtspraak. HR 9 juli 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BL3262, nr. 7.10 (concl. A-G J. Spier), *NJ* 2015/343, m.nt. T. Hartlief.

37 Aan het onderscheid tussen directe en indirecte slachtoffers ga ik hier voorbij. Eveneens bespreek ik niet de invulling van het slachtoffervereiste. Zie nader ook Schabas 2016 (*supra* noot 35), p. 740; P. van Dijk e.a. (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*; Antwerpen: Intersentia 2018, p. 54; E.U. Petersmann, 'Human Rights, International Economic Law and Constitutional Justice', *The European Journal of International Law* 2008, Vol. 19, no. 4, p. 778. Zie bijv. EHRM 12 mei 2015, 73235/12, par. 45 (*Identoba cs/Georgië*).

38 EHRM juni 2013, 65542/12, par. 115 (Stichting Mothers of Srebrenica e.a./Nederland), met verwijzingen naar andere rechtspraak.

39 In EHRM 17 juli 2014, 47848/08 (*Alentin Câmpeanu/Roemenië*) werd ontvankelijkheid van een NGO in een wrongfull death claim aangenomen, mede vanwege de ernst van de verwijten aan het adres van de betrokken autoriteit en de onmogelijkheid van het slachtoffer om zelf te procederen (die aan de gevolgen van HIV was overleden). Zie over ontvankelijkheid ook Schabas 2016 (*supra* noot 35), p. 740 en Van Dijk e.a. 2018 (*supra* noot 37), p. 54 e.v.

40 Milieudefensie kwam op voor het belang van alle inwoners in Nederland die hinder ondervinden van luchtverontreiniging en Adem voor de belangen van personen in Rotterdam die hinder ondervinden van luchtverontreiniging.

gens dat artikel 2 en 8 EVRM direct in te roepen zijn.⁴¹ Daarbij laat de rechtbank het, en beoordeelt vervolgens de gestelde schending op zijn inhoudelijke merites.

In de *Urgenda*-uitspraak werd artikel 34 EVRM 'omzeild' met de introductie van, wat Gijselaar in navolging van de *correctie Langemijer* noemt, de *Urgenda*-correctie.⁴² In die procedure kwam *Urgenda* op voor de belangen van (toekomstige) Nederlandse burgers die bloot worden gesteld aan de gevaren van klimaatverandering. Hoewel het EVRM volgens de rechtbank niet direct kon worden ingeroepen is het, aldus de rechtbank wél van belang bij de beoordeling of de Nederlandse CO₂-reductiedoelstellingen de toets van de maatschappelijke zorgvuldigheidnorm onder artikel 6:162 BW, tweede lid, kunnen doorstaan (de zogeheten reflexwerking van het EVRM).

Het beroep op reflexwerking van het EVRM in de procedure over de invloed van de tabakslobby op het Nederlandse gezondheidsbeleid werd afgewezen. In die procedure werd de Staat verweten 'de in artikel 5, derde lid, WHO-Kaderverdrag⁴³ vervatte verplichting om de tabaksindustrie buiten de deur te houden', te schenden. De invloed van de lobby zou een negatieve invloed hebben op het volksgezondheidsbeleid. De rechtbank oordeelt dat artikel 5, derde lid, WHO-kaderverdrag rechtstreekse werking ontbeert en derhalve niet kan worden ingeroepen. Ter anticipatie op een dergelijk oordeel betogen de eisers dat dit artikel evenwel mede invulling geeft aan de positieve verplichtingen onder artikel 2 EVRM, die vervolgens geschonden zou worden door de Staat door artikel 5, derde lid, WHO-Kaderverdrag niet na te leven. Dit betoog wordt door de rechtbank niet gevolgd en daarmee ook niet het betoog om aan de desbetreffende bepalingen reflexwerking toe te kennen in het kader van artikel 6:162 BW, tweede lid.⁴⁴ De desbetreffende normen zouden, in tegenstelling tot de in *Urgenda* toepasselijke normen, onvoldoende een specifieke en onvoorwaardelijke verplichting op de Staat leggen.⁴⁵ Met andere woorden: er ontbreekt rechtstreekse werking. De rechtbank komt derhalve niet toe aan een inhoudelijke beoordeling.

41 De rechtbank overweegt dat de eisers *mogelijk* art. 2 en/of 8 EVRM kunnen inroepen en betreft deze artikelen vervolgens in haar oordeel. Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.80, met verwijzing naar EHRM 12 mei 2009, 73235/12 (*Greenpeace/Duitsland*) en EHRM 12 mei 2015, 73235/12, par. 41 (*Identoba cs/Georgië*). In de laatste procedure overweegt het Hof evenwel dat 'It also accepts, for the purposes of the present case and in line with the findings of the domestic courts, that the applicants (except for the applicant Greenpeace e.v.) were all sufficiently affected by soot and dust to be able to claim to be victims of the alleged violation.' De andere klagers waren individuen en de ontvankelijkheid van Greenpeace wordt niet op de eigen merites beoordeeld.

42 E.C. Gijselaar, 'Het EVRM en de klimaatzaak: toetsing aan niet van toepassing zijnde normen', *blog.ucall.nl* 8 juli 2015. Zie ook T.G. Oztürk & G.A. van der Veen, 'Onrechtmatige daad en gevaarstelling: reflexwerking en zorgplicht bij milieukwesties', *O&A* 2015/58, kritisch in onder meer nr. 10 e.v.; N.J. Schrijver, 'De reflexwerking van het internationale recht in de klimaatzaak van Urgenda', *Milieu en Recht* 2016/41. Zie in het algemeen J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (Diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 372 e.v.

43 In het Nederlands: 'Bij de vaststelling en uitvoering van hun volksgezondheidsbeleid met betrekking tot tabaksontmoediging, nemen Partijen, in overeenstemming met het nationaal recht, maatregelen om dit beleid te beschermen tegen commerciële en andere gevestigde belangen van de tabaksindustrie.'

44 Rb. Den Haag 9 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12746 (*Tabakslobby*).

45 Men herkent hierin de maatstaf en criteria die worden gehanteerd bij de toets of aan internationale verdragen rechtstreekse werking toekomt. Zie hierover onder meer B. Toebes, 'Tabakszaak tegen Nederland', *NJB* 2015/26061; Fleuren 2004 (*supra* noot 42). Zie onder meer HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, *NJ* 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (*Staat/Can*) en HR 9 April 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010/388, m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

Hoewel de omgang met artikel 34 EVRM ogenschijnlijk pragmatisch is, rijst de vraag of de gevolgde benadering (met name in *Urgenda*) niet te omslachtig is. Artikel 34 EVRM, dat een ontvankelijkheidsartikel is, regelt de toegang tot het Straatsburgse Hof. Men kan dus betogen dat het geen doorwerkingsartikel is en derhalve niet bepalend is voor de vraag of een belangenorganisatie zich voor de Nederlandse rechter op het EVRM kan beroepen. De uiteindelijke doorwerking van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde wordt geregeld door de nationale rechtsorde,⁴⁶ waarvoor in Nederland artikel 93 en 94 Grondwet van belang zijn. In dat verband wordt algemeen aangenomen dat artikel 2 en 8 EVRM een ieder verbindende bepalingen zijn in de zin van artikel 93 GW en dat deze verdragsnormen dus rechtstreeks doorwerken in het nationale recht.⁴⁷ In een civiele procedure kan deze doorwerking plaatsvinden via de band van artikel 6:162 BW, waarop ook belangenorganisaties een beroep kunnen doen. Voor de ontvankelijkheid van belangenorganisaties voor de civiele rechter blijft vervolgens het Nederlandse recht bepalend.⁴⁸ In *Urgenda* had derhalve ook geconcludeerd kunnen worden dat het EVRM rechtstreeks van toepassing is en de vraag is in hoeverre de *Urgenda*-correctie daadwerkelijk nodig is. In *Luchtvervuiling* laat de rechtbank de betekenis van artikel 34 EVRM meer in het midden en neemt ze begrijpelijkerwijs rechtstreekse toepasselijkheid aan. In *Tabakslobby* lijkt de rechtbank eveneens aan te sluiten bij de eisen van artikel 93 GW, hoewel ze hier niet expliciet over motiveert.

3 Positieve verplichtingen & materieelrechtelijke kansen

3.1 Introductie

Voor de mogelijkheid om met het EVRM in de hand de civiele rechter risicoregulerend te laten optreden, is voorts van belang in welke mate de civiele rechter op materieelrechtelijke gronden de ruimte heeft om te oordelen dat het gewraakte overheidsbeleids en/of -handelen onrechtmatig is. Daarmee komt de leer van de positieve verplichtingen in beeld.⁴⁹ Het is uiteraard ook denkbaar dat reguleringseffecten⁵⁰ in het leven kunnen worden geroepen wanneer de civiele rechter een oordeel geeft over vermeende negatieve schendingen van artikel 2 en 8 EVRM. Vanwege het, vooralsnog, geringe belang van negatieve verdragsschendingen in de Nederlandse rechtspraak ten aanzien van het overheidsbeleid en/of -handelen bij gezondheids- en milieurisico's, wordt hieraan evenwel voorbij gegaan.

46 Onder meer T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 45-49; Asser Procesrecht/Giesen I, 2015/26; J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak*, WODC 2013, p. 34- 47, met in datzelfde rapport een landenrapport over Nederland.

47 Barkhuysen 2004 (*supra* noot 46), p. 46.

48 Zie m.n. art. 3:305a BW.

49 Zoals het Hof meermaals heeft bevestigd, moet de Staat in voorkomende gevallen actief optreden om haar burgers te beschermen tegen (dreigende) inbreuken op art. 2 (recht op leven) en art. 8 EVRM (recht op privé, familie en gezinsleven). Zie voor verwijzingen E.C. Gijssels & E.R. de Jong, 'Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid', *NTBR 2016/6*, p. 36-45.

50 Zie over deze term nader par. 4.1.

Hieronder worden eerst de algemene uitgangspunten besproken die in acht moeten worden genomen bij de beoordeling of het gewraakte overheidsbeleid en/of -handelen de toets van de leer van de positieve verplichtingen kan doorstaan.⁵¹ Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen uitgangspunten ten aanzien van de toepasselijkheid van de leer,⁵² uitgangspunten bij de beoordeling van het gewraakte overheidshandelen, en uitgangspunten bij de concretisering van de toepasselijke positieve verplichting(en). Vervolgens wordt gekeken naar de betekenis van deze uitgangspunten in *Luchtvervuiling*, *Asbestfalen*, *Q-koorts* en *Urgenda*. *Tabakslobby* wordt buiten beschouwing gelaten omdat de rechtbank daar niet is toegekomen aan een inhoudelijke beoordeling van het overheidsbeleid.

3.2 Toepasselijkheid van de leer

Voor de toepasselijkheid van een positieve verplichting moet het risico allereerst kwalificeren als een voldoende ernstige (dreigende) inbreuk op de door artikel 2 en/of artikel 8 EVRM beschermde rechten. Het gaat bij artikel 2 EVRM om activiteiten die de dood ten gevolg kunnen hebben, waarbij voldoende is dat de klager een ernstig risico op de dood loopt (er hoeven dus niet daadwerkelijk doden te vallen).⁵³ Onder artikel 8 EVRM kan het gaan om risicovolle activiteiten die ernstige gezondheidsschade kunnen opleveren, zoals blootstelling aan asbest⁵⁴ (of roken),⁵⁵ of om ernstige milieuvuiling en hinder.

Ten tweede dient te worden vastgesteld of de Staat wist of behoorde te weten van deze (dreigende) inbreuk. Deze (vereiste) kennis kan inherent zijn aan de aard van de activiteit (bijvoorbeeld bij industriële activiteiten wordt de Staat op de hoogte geacht te zijn van de risico's), blijken uit objectief beschikbare documenten die bij de overheid bekend behoorden te zijn (bijv. wetenschappelijke publicaties en nieuwsberichten) of uit het daadwerkelijke kennisniveau van de overheid (bijv. intern beschikbare onderzoeken naar de risico's).⁵⁶

In het kader van onzekere risico's is nog van belang dat het voorzorgsbeginsel een, aldus het Hof in *Tatar/Roemenië*,⁵⁷ onder het EVRM erkend rechtsbeginsel is. Dit impliceert dat (in ieder geval) bij plausibele vermoedens van het bestaan van ernstige gezondheidsrisico's positieve verplichtingen kunnen gelden, ook al zijn het bestaan van dat risico, de effecten daarvan en/of effectieve omgangsvormen met het risico nog wetenschappelijk onzeker.⁵⁸

51 Hierbij bouw ik voort op een artikel van Gijselaar & De Jong 2016 (*supra* noot 49).

52 Ik laat doorwerkingsvragen die kunnen rijzen in dit verband onbesproken.

53 EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, par. 82 (*Brincat e.a./Malta*): EHRM 28 oktober 1998, 23452/94, par. 115-122 (*Osman/VK*).

54 EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (*Brincat e.a./Malta*).

55 Het Hof heeft zich hier echter nog niet over uitgelaten.

56 Zie Gijselaar & De Jong 2016 (*supra* noot 49).

57 EHRM 27 januari 2009, 67021/01, par. 69 & 120 (*Tatar/Roemenië*). Dit vereiste onderstreept dat positieve verplichtingen een vorm van schuldaansprakelijkheid zijn.

58 Zie over het voorzorgsbeginsel nader hst. 5 uit E.R. de Jong, *Voorzorgsverplichtingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016 en zie hst. 6 voor de verhouding van dit beginsel tot art. 6:162 lid 2 BW.

3.3 Uitgangspunten bij de beoordeling van het gewraakte overheidsbeleid en/of -handelen

Het feit dat het risico onder het beschermingsbereik van artikel 2 en 8 EVRM valt en dat de overheid kennis heeft of behoort te hebben van een (dreigende) inbreuk, brengt niet zonder meer met zich dat de overheid de op haar rustende positieve verplichtingen niet naleeft of heeft nageleefd. De vraag is of het gewraakte overheidsbeleid en/of -handelen de toets van artikel 2 en 8 EVRM kan doorstaan. Met andere woorden, de toepasselijke positieve verplichting(en) moet(en) worden geconcretiseerd en er moet worden beoordeeld of de Staat overeenkomstig die verplichting(en) heeft gehandeld. Bij die toets geldt een aantal uitgangspunten.

Als eerste geldt dat de op de bevoegde autoriteit rustende positieve verplichtingen niet absoluut zijn. Er is geen absoluut recht op veiligheid of op een schone leefomgeving,⁵⁹ en er rust op grond van het EVRM derhalve geen risico-aansprakelijkheid op de Staat.

Ten tweede verschilt de toets naar gelang de aard van het risico's. De grens tussen artikel 2 en 8 EVRM bij ernstige gezondheidsrisico's is fluïde. *Grosso modo* zal ten aanzien van activiteiten die ernstige gezondheidsrisico's in het leven roepen de toets derhalve hetzelfde en indringender zijn, waarover hieronder meer.⁶⁰ Bij luchtvervuiling en hinder wordt een marginalere toets gehanteerd. Het komt daar aan op de vraag of de bevoegde autoriteit een *fair balance* heeft getroffen tussen de betrokken individuele belangen enerzijds en de maatschappelijke belangen anderzijds.⁶¹ Zoals hieronder wordt uitgewerkt, zullen er bij ernstige gezondheidsrisico's dus eerder (verstrekken) positieve verplichtingen worden aangenomen.

Ten derde moet bij de toets of de autoriteit aan de op hem rustende positieve verplichting(en) heeft voldaan acht worden geslagen op het wettelijke en administratieve kader waarin die autoriteit opereert, de in dat verband aan hem toekomende bevoegdheden, de aard van de gewraakte gedragingen, het nationale beslissingsproces en de complexiteit van het voorliggende (regulerings)vraagstuk. Aan deze omstandigheden moet met name waarde worden gehecht wanneer er conflicterende belangen in het geding zijn.⁶²

Ten slotte geldt dat de manier van implementatie van de positieve verplichting aan de bevoegde autoriteit is. In ieder geval mag geen onmogelijke of disproportionele last op de schouders van de autoriteit worden gelegd, *zonder* dat acht is geslagen op de operationele keuzes die de autoriteit moet maken. Deze operationele keuzes dienen te worden beoordeeld in het licht van de prioriteiten die de autoriteit moet maken en de hem toekomende middelen.⁶³

59 ECHR 8 juli 2003, 36022/97, par. 96 (*Hatton/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 1 maart 2005, 69869/01, par. 1 (*Bone/Frankrijk*).

60 EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, par. 85 (*Brincat e.a./Malta*); EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02, par. 133 (*Budayeva e.a./Rusland*); EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05, par. 216 (*Kolyadenko e.a./Rusland*).

61 Zie met betrekking tot de positieve verplichting om feitelijke maatregelen te nemen ook: E.C. Gijselaar, Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?, *NTM/NJCM-Bull.* 2016, p. 174-187.

62 EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11, par. 101 (*Brincat e.a./Malta*); EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02, par. 134-135 (*Budayeva e.a./Rusland*). Deze toets zal met name relevant zijn bij de beoordeling of de overheid voldoende preventieve maatregelen heeft genomen. Zie daarover uitgebreid Gijselaar 2016 (*supra* noot 61).

63 EHRM 28 oktober 1998, 23452/94, par. 116 (*Osman/VK*); EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02, par. 134-135 (*Budayeva e.a./Rusland*).

3.4 Uitgangspunten ten aanzien van de concretisering van positieve verplichtingen

Positieve verplichtingen kunnen verschillende vormen aannemen. Risicovolle activiteiten moeten worden gereguleerd door de Staat. Dit geldt *a fortiori* bij industriële activiteiten. De regelgeving

‘must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks’.⁶⁴

Bij het bepalen van het beschermingsniveau dat van die regulering moet uitgaan, moet acht worden geslagen op de aard van de activiteit en de mate waarin deze een gevaar voor de gezondheid oplevert.

De verplichting tot het nemen van beschermende maatregelen tegen risicovolle activiteiten wordt in het bijzonder aangenomen indien er sprake is van een reëel en onmiddellijk risico voor een identificeerbare groep personen of één identificeerbaar persoon.⁶⁵ De term ‘reëel’ lijkt te slaan op de mate van waarschijnlijkheid dat de schade zich zal voordoen, alsmede op de vereiste kennis over die kans op schade.⁶⁶ Men zou ook kunnen stellen dat deze eis een variant is op het concept voorzienbaarheid. De term ‘onmiddellijk’ lijkt betrekking te hebben op de mate van afwendbaarheid van het intreden van het risico. Eveneens mag men aannemen dat een dergelijke verplichting in het bijzonder bestaat als de autoriteit in een bijzondere afhankelijkheids- of nabijheidsrelatie (de Engelsen zouden spreken van *proximity*) tot het (potentiële) slachtoffer staat, bijvoorbeeld in een werkgever-werknemer verhouding.⁶⁷

In voorkomende gevallen is de autoriteit gehouden om informatie ter beschikking te stellen aan risicosubjecten en ze op die manier in staat te stellen om te beoordelen aan welke gezondheidsrisico's zij blootstaan of hebben blootgestaan.⁶⁸ Deze plicht lijkt met name te worden aangenomen in die gevallen waarin de risicosubjecten niet op een andere manier aan de benodigde informatie konden komen.⁶⁹ De autoriteit kan eveneens aan deze verplichting voldoen door ervoor te zorgen dat de partij die over de informatie beschikt, deze beschikbaar stelt.⁷⁰

3.5 Luchtvervuiling

In *Luchtvervuiling* is het EVRM met name relevant bij het verwijt dat de Staat bij het terugdringen van luchtvervuiling in (specifieke gebieden in) Nederland zich niet (alleen) moet laten leiden

64 EHRM 30 november 2004, 48939/99, par. 89, 71 & 90 (*Öneryıldız/Turkije*); EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05, par. 12 & 158 (*Kolyadenko e.a./Rusland*); EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10, par. 220 (*Vilnes e.a./Noorwegen*).

65 En de autoriteit hiervan op de hoogte was of behoorde te zijn. Zie eveneens Gijselaar 2016 (*supra* noot 61).

66 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*); EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*).

67 Zie voor het voorgaande ook Gijselaar & De Jong 2016 (*supra* noot 49), par. 3.6.2.

68 Zie voor verwijzingen EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10, par. 235 (*Vilnes e.a./Noorwegen*).

69 EHRM 30 november 2004, 48939/99, par. 85-88 (*Öneryıldız/Turkije*).

70 Zie (voor verwijzingen) EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10, par. 146 & par. 242-244 (*Vilnes e.a./Noorwegen*); EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (*Brincat e.a./Malta*); zie ook EHRM 27 januari 2009, 67021/01, par. 11 (*Tatar/Roemenië*).

door de toepasselijke Europese richtlijn,⁷¹ maar (ook) door de strengere normen die zijn opgenomen in een richtlijn van de Wereldgezondheidsorganisatie,⁷² die weliswaar brede wetenschappelijke steun genieten, maar niet bindend zijn. Door dit na te laten handelt de Staat in strijd met de op hem rustende positieve verplichtingen ex. artikel 2 en/of artikel 8 EVRM, aldus de eisers. In essentie is hier dus de vraag of het van de regelgeving uitgaande beschermingsniveau de toets van het EVRM kan doorstaan. Ook de rekenmethode die de Staat hanteert bij het berekenen of het luchtkwaliteitsniveau dat onder het Europese recht is vereist wordt gehaald, werd (tevergeefs) aangevochten.

Het eerste verwijt is niet succesvol. Bij de beoordeling stelt de rechtbank (m.i. terecht) voorop dat het aankomt op de vraag of door de Staat een *fair balance* is getroffen tussen de algemene economische belangen enerzijds en de gezondheidsbelangen van de door Milieudefensie en stichting Adem vertegenwoordigde individuen, anderzijds.⁷³ De rechtbank neemt vervolgens als uitgangspunt dat bij de beoordeling van het overheidsbeleid terughoudendheid moet worden betracht, aangezien verschillende economische en maatschappelijke belangen van uiteenlopende aard, inhoud en gewicht op het spel staan.⁷⁴ Eveneens overweegt ze dat de Staat reeds maatregelen neemt ter verbetering van de luchtkwaliteit⁷⁵ en daarmee deels⁷⁶ voldoet aan zijn Europese verplichtingen. Het enkele feit, aldus de rechtbank, dat de WHO-normen meer bescherming bieden, leidt nog niet tot de conclusie dat de Staat de *fair balance* verstoort wanneer hij deze WHO-normen niet naleeft, aldus de rechtbank.⁷⁷ Bij dit oordeel lijkt eveneens relevant dat de Staat zegt toe te werken naar het behalen van de WHO-normen, en dat de daarbij gekozen snelheid in de ogen van de rechtbank de *fair balance* niet verstoort.

Eveneens stelden de eisers, met verwijzing naar het voorzorgsbeginsel, dat de Staat bij het berekenen van eventuele overschrijdingen van de op grond van het Europese recht te behalen grenswaarden, in de huidige rekenmethoden uitgaat van een te optimistisch beeld. De Staat zou een extra veiligheidsmarge in acht moeten nemen. De rechtbank stelt voorop dat in de modellen die thans worden gebruikt, onzekerheden ten aanzien van de vraag of de relevante grenswaarden (bijlage 2 Wet Milieubeheer en de Richtlijn) worden gehaald zijn verdisconteerd. Vervolgens overweegt ze dat als de Staat aan de verplichting om de in de Europese richtlijn neergelegde rekenmethoden te hanteren voldoet en naar toepassing van die rekenmethode blijkt dat de Staat – naar alle waarschijnlijkheid – de gestelde grenswaarden behaald, hij aan zijn verplichtingen voldoet. Het voorzorgsbeginsel en een aanbeveling van het RIVM⁷⁸ om van een pessimistisch beeld uit te gaan bij de voorspelling of de grenswaarden worden gehaald, verandert deze conclusie niet, onder meer omdat de onzekerheden reeds zijn verdisconteerd

71 Richtlijn 2008/50/EG van het Europees parlement en de Raad van 20 mei 2008 betreffende de luchtkwaliteit en schonere lucht voor Europa.

72 WHO Air quality guidelines for particulate matter, ozone, nitrogen dioxide and sulfur dioxide. Global update 2005.

73 Natuurlijk hebben de gebundelde belangen van de personen waar deze stichtingen voor opkomen als maatschappelijk belang te gelden.

74 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.88.

75 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.87.

76 De rechtbank stelt vast dat voor PM 2,5 de Europese richtlijn overal in Nederland wordt gehaald, voor PM10 is dat (nog) niet het geval.

77 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.89.

78 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 2.18 en 2.26.

in een door de Europese wetgever aangenomen (met behulp van wetenschappelijke kennisinstututen opgestelde) richtlijn.⁷⁹

3.6 Asbestfalen

In het arrest over asbest⁸⁰ lag, door verjaring van een belangrijk deel van de vorderingen,⁸¹ bij het hof en de Hoge Raad de vraag voor of de overheid gefaald heeft in het toezichthouden op de naleving van het op 1 juli 1993 aangenomen verbod op het gebruik van asbesthoudende materialen. De overheid werd dus een concreet toezichtsfalen en algemeen toezichtsfalen verweten.⁸² In de terminologie van het EVRM gaat het hier om een vermeend falen om beschermende maatregelen te nemen en een systeem van toezicht op te tuigen.

Bij het hof ketst de vordering af op de bewijslast en de stelplicht.⁸³ De Hoge Raad accordeert en artikel 2 en 8 EVRM komen daarbij, in tegenstelling tot bij de rechtbank en het hof, niet expliciet aan de orde. De Hoge Raad overweegt dat 'het onvoldoende uitoefenen van toezicht onder omstandigheden jegens de werknemer die schade lijdt door de overtreding van regels op de naleving waarvan de inspectie toezicht dient te houden, onrechtmatig kan zijn'. Bij die beoordeling moet evenwel de beleids- en beoordelingsvrijheid van de Arbeidsinspectie in acht worden genomen, en past de rechter terughoudendheid. Vervolgens sluit de Hoge Raad aan bij bestendige rechtspraak:

'van onrechtmatigheid [...] kan met name sprake zijn indien de schade in een concreet geval voor de Arbeidsinspectie voorzienbaar was en haar in redelijkheid had moeten nopen tot het nemen van maatregelen waarmee de overtreding die heeft geleid tot die schade, zou zijn voorkomen. Aansprakelijkheid op deze grond kan in het bijzonder bestaan als er voldoende ernstige en concrete aanwijzingen voor de Arbeidsinspectie bestonden om (de mogelijkheid van) de overtreding van de betrokken regel en het daaruit voortvloeiende risico op schade aan te nemen, en dat risico en die schade ook naar aard en omvang voldoende ernstig waren'.⁸⁴

Indien dergelijke aanwijzingen ontbreken kan het niet plaatsvinden van toezicht 'slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot aansprakelijkheid leiden'.⁸⁵ De stelplicht en de bewijslast rusten op de benadeelde. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het hof terecht heeft geoordeeld dat er onvoldoende concrete feiten zijn gesteld om te concluderen dat de arbeidsinspectie op de hoogte behoorde te zijn van de gestelde overtredingen van het asbestverbod.⁸⁶

79 Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15380, r.o. 4.92 tot 4.99.

80 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier. In deze procedure vorderde een werknemer van Zalco, die daar in dienst was van 1977 tot eind jaren '90 van de vorige eeuw, vergoeding van de Staat voor de schade die hij zou hebben geleden door blootstelling aan asbest, hetgeen mede mogelijk was door vermeend inadequaat toezicht van de Staat op de naleving van het geldende asbestverbod.

81 De vorderingen die zien op de periode tot 20 februari 1993 zijn verjaard.

82 Zie over deze termen W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, p. 1676.

83 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier.

84 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier, r.o. 3.4.4.

85 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier, r.o. 3.4.4.

86 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier, r.o. 3.4.6.

Spier is in zijn NJ noot stellig over de boodschap van dit arrest: ‘de deur voor aansprakelijkheid voor beweerdelijk falend toezicht wordt grotendeels dichtgegooid.’⁸⁷ Volgens Spier houdt de verwijzing naar het aan de orde zijnde risico echter wel in dat in gevallen waarin grotere of hogere belangen op het spel staan, de Hoge Raad mogelijk anders zal oordelen.⁸⁸

De toets die de Hoge Raad hanteert valt mijns inziens goed te rijmen met het EVRM. Het Straatsburgse Hof neemt de verplichting tot het nemen van feitelijke maatregelen met name aan als de Staat op de hoogte is of behoort te zijn van een reëel en onmiddellijk risico voor een specifieke of identificeerbare persoon of groep personen. De Hoge Raad spreekt over ‘voldoende ernstig en concrete aanwijzingen van een risico dat voldoende ernstig is’. Hoewel de formulering van het kennisvereiste door de Hoge Raad op papier verschilt van die van het Hof, lijkt de reikwijdte van de verplichting tot het nemen van feitelijke maatregelen onder Nederlands recht (voldoende ernstige risico’s) niet wezenlijk te verschillen van de gevallen waarin het Hof dergelijke verplichtingen heeft aangenomen (reëel en onmiddellijk). Het Hof heeft bovendien met name een verplichting tot het nemen van feitelijke maatregelen aangenomen in die gevallen waarin er evidente aanwijzingen waren dat het recht op leven van een of meerdere burgers onmiddellijk op het spel stonden.⁸⁹

3.7 Q-koorts

In de procedure over de Q-koortsuitbraak pakt een beroep op het EVRM voor de eisers – vooralsnog⁹⁰ – evenmin succesvol uit. De overheid wordt in deze procedure verweten haar positieve verplichtingen te hebben geschonden door onvoldoende en/of te traag veiligheidsmaatregelen te nemen als reactie op de Q-koortsuitbraak van 2007 tot 2010.⁹¹ Daarnaast wordt haar verweten onvoldoende te hebben geïnformeerd over de haar bekende gevaren van een Q-koortsuitbraak. Vanaf de lente van 2007 tot december 2009 zou de overheid het publiek de noodzakelijke informatie over de Q-koortsuitbraak en de grote gevaren daarvan (doelbewust) hebben onthouden, aldus de slachtoffers.

Bij de beoordeling van het eerste verwijt dient te worden vastgesteld vanaf welk moment de overheid bekend had moeten zijn met de (mogelijkheid) van een Q-koorts epidemie en de gevolgen daarvan. Eveneens is de vraag of en zo ja wanneer er, in het licht van de destijds beschikbare kennis en inzichten, bepaalde maatregelen moesten worden genomen.⁹² In het bijzonder lag de vraag voor of de overheid in het licht van de haar bekende eerdere uitbraken, proefschriften over de gevaren van Q-koortsbesmettingen, intern onderzoek over Q-koorts, publicaties over besmettingen en uitbraken in het buitenland en aanbevelingen van de Amerikaanse overheid om niet naar de Nederlandse besmette gebieden af te reizen, eerder bepaalde verregaandere maatregelen had moeten nemen dan daadwerkelijk is gedaan. De rechtbank

87 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier, nr. 18.

88 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:987, NJ 2017/372, m.nt. J. Spier, nr. 19.

89 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneriyıldız/Turkije*); EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*).

90 Het is uiteraard afwachten hoe in hoger beroep wordt geoordeeld.

91 Met een piek aan besmettingsgevallen in 2008 en 2009.

92 Denk daarbij aan maatregelen die gerelateerd zijn aan het opleggen van een vervoersverbod kort na de uitbraak in het dorp Herpen, het opsporen en het melden van (de bron van) uitbraken, het testen van melktanks, hygiëne-maatregelen en maatregelen met betrekking tot mest; vaccinatie; en een fokverbod en het ruimen van vee.

beantwoordt de vraag ontkennend. Zoals in paragraaf 7 wordt besproken is dit gezien de positie van de rechter bij het inschatten van complexe risicoproblemen niet verwonderlijk. Ten aanzien van het tweede verwijt oordeelt de rechtbank dat

‘op de Staat de verplichting rust om uit eigen beweging aan burgers die mogelijk getroffen konden worden door het risico van besmetting van Q-koorts informatie waarover de Staat beschikte over dit risico te verstrekken die de burger in staat stelde te beoordelen aan welke gezondheidsrisico’s zij blootstonden of hadden blootgestaan.’

Het feit dat de gezondheidsrisico’s destijds nog omgeven waren met onzekerheden is niet relevant, waarmee de rechtbank het voorzorgsbeginsel onderschrijft.⁹³ Echter, gezien de operationele keuzes en de beleidsvrijheid die de Staat heeft bij het bepalen van de manier van informatieverschaffing, oordeelt de rechtbank dat de Staat door verschillende informatie op onder meer de website van het RIVM en rijksoverheid.nl beschikbaar te stellen, aan zijn informatieverplichting heeft voldaan.

3.8 Urgenda

De belangrijkste vordering in *Urgenda* was dat de Staat verplicht is om per ultimo 2020 het gezamenlijke volume van de jaarlijkse Nederlandse emissies van broeikasgassen te (doen) verminderen met 40 procent, althans ten minste 25 procent, ten opzichte van het jaar 1990. Zoals besproken past de rechtbank reflexwerking van het EVRM toe.

Hoewel een conclusie over een eventuele schending van het EVRM niet (expliciet) wordt getrokken, is de betekenis van het EVRM voor de inhoudelijke overwegingen helder. Als eerste is het EVRM één van de grondslagen voor de op de Staat rustende rechtsplicht om burgers te beschermen tegen de verwezenlijking van gevaarlijke klimaatverandering.⁹⁴ Tegen dat gevaar moet de overheid, mede op grond van het EVRM, aldus de rechtbank, passende en effectieve maatregelen nemen.⁹⁵ Bij de beoordeling of de overheid voldoende doet tegen gevaarlijke klimaatverandering, kadert het EVRM de aan de overheid toekomende beleidsvrijheid in en is het eveneens bepalend bij het vaststellen van te behalen CO₂-emissie reductiedoelstelling. In essentie betekent dit dat de aan de overheid toekomende beleidsvrijheid kleiner wordt en de te behalen doelstellingen hoger, zodra het recht op leven (en/of gezinsleven) op het spel staat. Zodoende is het EVRM mede leidend bij het oordeel dat mitigerende maatregelen de voorkeur dienen te krijgen boven adaptiemaatregelen.⁹⁶ Eveneens is het in dit licht niet verwonderlijk dat de rechtbank overweegt dat gegeven het hoge risico van gevaarlijke klimaatverandering, op de Staat een zware zorgplicht rust om maatregelen te treffen ter voorkoming⁹⁷ van klimaatverandering en dat bij het uitvoeren deze maatregelen de Staat spoed moet betrachten.⁹⁸

93 Rb. Den Haag 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, JA 2017/42, m.nt. J.H.G. Verweij-Hoogendijk, r.o. 5.10.6 (*Q-koorts*).

94 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.46-4.50.

95 Zie Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.46 in combinatie met r.o. 4.74.

96 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.74.

97 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.46 in combinatie met r.o. 4.74.

98 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.65.

Zoals bekend oordeelt de rechter dat de overheid ervoor moet zorgen dat de uitstoot in Nederland in 2020 ten minste 25 procent lager is dan in 1990.

4 Rechterlijke risicoregulering

4.1 Reguleringseffecten

Zoals aangestipt in de inleiding kunnen de hiervoor besproken procedures worden gezien als verschijningsvormen van rechterlijke risicoregulering. Hieronder wordt de betekenis van die term nader uiteengezet.

Als eerste is de term regulering van belang. Men spreekt van regulering omdat de procedures effecten in het leven kunnen roepen die het specifieke geding overstijgen en kunnen leiden tot een wijziging in het overheidsbeleid of -handelen.⁹⁹ Rechterlijke risicoregulering houdt met andere woorden in dat de inzet van civielrechtelijke handhavingsmechanismen en het inhoudelijke oordeel van de rechter allerlei implicaties kan hebben voor de overheidsrisicoregulering,¹⁰⁰ ook ten aanzien van risicovraagstukken die niet centraal staan in die specifieke procedure. Denk aan de implicaties die *Urgenda* heeft voor onder meer het Nederlandse energiebeleid. Gezien de uitkomst is het minder waarschijnlijk dat *Luchtvervuiling* en *Tabakslobby* eveneens reguleringseffecten in het leven hebben geroepen, hoewel niet valt uit te sluiten dat als gevolg van de gevoerde procedures alsnog wijzigingen worden of zijn doorgevoerd in het overheidsbeleid.

Ook schadevergoedingsprocedures, zoals *Q-koorts* en het arrest over asbestfalen, kunnen de hiervoor bedoelde reguleringseffecten in het leven roepen. Zoals reeds in de inleiding is aangestipt, wordt algemeen aanvaard dat overheidsaansprakelijkheid invloed kan hebben op de publieke middelen en kan leiden tot beleidswijzigingen.¹⁰¹ Hoewel het juridische succes van een procedure van belang is, valt niet uit te sluiten dat ook juridisch niet-succesvolle procedures tot verandering leiden, bijvoorbeeld door de maatschappelijke aandacht of druk die als gevolg van een procedure ontstaat.

99 J. Black, 'Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a 'Post-Regulatory' World', *Current Legal Problems* 2010 vol. 54, issue 1, p. 103 & 142. Zie ook Peel & Osofsky 2015 (*supra* noot 27), p. 33. Dergelijke effecten kunnen tijdens (of: door) verschillende fasen van een civielrechtelijke procedure in het leven worden geroepen, zoals het aanhangig maken van de claim, de inhoudelijke beoordeling, de uiteindelijke uitspraak en de handhaving daarvan. Het feit dat rechterlijke risicoregulering dus het aansprakelijkheidsrecht in de brede zin van het woord omvat, neemt echter niet weg dat de onderliggende mechanismen en condities voor het teweegbrengen van maatschappelijke verandering, afhankelijkheid van de aard van de procedure en de fase waarin die zich bevindt, (kunnen) verschillen.

100 Zie E.R. de Jong, M.G. Faure, I. Giesen & P. Mascini, 'Judge-made Risk Regulation and Tort Law: An Introduction', *European Journal of Risk Regulation* 2018/1, p. 6-13.

101 J. Spier, 'Gedachten over een vastgelopen stelsel', *AV&S* 2014/6; T. Hartlief, 'De Agenda van het aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & M.G. Faure (ed.), *De Spier-bundel. De agenda van het aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 15-33 & p. 228. Zie HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*); HR 30 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7487, *NJ* 2012/689 (*Dortse paalrot*); HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:102, *RvdW* 2013/955 (*Plakoksel*); HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1091, *RvdW* 2014/691 (*Fietzersbrug over de Dommel*); HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:831 (*Reaal/Deventer*). Vgl: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022.

Voor het intreden van reguleringseffecten is het niet relevant of de rechter dan wel procespartijen de intentie hebben om dergelijke effecten daadwerkelijk teweeg te brengen. Reguleringseffecten kunnen ook onbeoogde (maar wellicht wel impliciet geaccepteerde) neveneffecten zijn.

De hiervoor bedoelde gedrags- en beleidseffecten kunnen als eerste direct voortvloeien uit het oordeel van de rechter,¹⁰² bijvoorbeeld omdat de rechter in zijn oordeel aangeeft dat een wijziging in het overheidsbeleid vereist is of juist aangeeft dat het gevoerde overheidsbeleid afdoende is, en hij daarmee dat beleid legitimeert.¹⁰³ Zij kunnen ook indirect als gevolg van de maatschappelijke reactie op een procedure in het leven worden geroepen. Procedures kunnen de maatschappelijke perceptie over een risico beïnvloeden, sturing geven aan het maatschappelijke debat over hoe met een risico dient te worden omgegaan, en uiteindelijk een incentive opleveren bij verschillende maatschappelijke actoren – denk aan toezichhouders, ngo's, burgers, het bedrijfsleven en de overheid – om verdere publieke, politieke of juridische actie te ondernemen.¹⁰⁴

4.2 De epistemologische en normatieve functies van 'risico denken'

Risico's zijn het object van deze reguleringseffecten, die zich kunnen aandienen ten aanzien van de epistemologische en de normatieve functie van het denken in termen van risico's.¹⁰⁵ De betekenis van beide functies wordt hieronder toegelicht.

Als eerste voorzien risico's ons van kennis over de toekomst. Dit is de epistemologische functie. Zij geven de verwachting weer dat een activiteit bepaalde schade *kan* berokkenen (gevaar),¹⁰⁶ de mate van blootstelling aan dat gevaar waarbij negatieve effecten kunnen intreden, de mogelijke blootstellingssituaties aan dat gevaar, de *de facto* blootstelling aan het gevaar, de aard van de (mogelijke) negatieve effecten en de mogelijk te nemen voorzorgsmaatregelen. Juridische procedures kunnen invloed hebben op deze epistemologische functie doordat tijdens de procedure bijvoorbeeld nieuw bewijs wordt vergaard. Ook kunnen, afhankelijk van het juridische oordeel, de aan dat oordeel ten grondslag liggende redenen en de motivering van dat oordeel, de wetenschappelijke kennis en inzichten die aan het overheidsbeleid ten grondslag worden gelegd van legitimiteit worden voorzien. Uiteindelijk kunnen procedures dus de maatschappelijke perceptie over hoe een risico moet worden begrepen beïnvloeden.¹⁰⁷ In *Luchtvervuiling* lag bijvoorbeeld de vraag voor of de overheid de juiste rekenmethodes hanteert bij het vaststellen van de Nederlandse luchtkwaliteit, een vraag die de rechtbank bevestigend beantwoordt.¹⁰⁸ Rechterlijke legitimering van valide wetenschappelijke kennis en inzichten

102 Dit onderscheid is gebaseerd op Peel & Osofsky 2015 (*supra* noot 27), p. 29.

103 Rosenberg 2008 (*supra* noot 27), p. 7.

104 Zie ook De Jong e.a. 2018 (*supra* noot 100).

105 Zie voor een bespreking van het begrip risico, met verwijzingen, E.R. de Jong, *Voorzorgverplichtingen. Over aansprakelijkheidsrechtelijke normstelling voor onzekere risico's* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016, hst. 2.

106 In het Engels gebruikt men hier de term *hazard*. Een agens is datgene dat het gevaar met zich draagt.

107 H. Osofsky, 'The Continuing Importance of Climate Change Litigation', *Climate Law* 2010 vol. 1, issue 3, p. 5; M. Lee, 'The Sources and Challenges of Norm Generation in Tort Law', *European Journal of Risk Regulation* 2018/1, p. 34-47.

108 Zoals het geval was in *Q-koorts* en *Luchtvervuiling*.

over een risico kan met name waardevol zijn indien die kennis en inzichten in de maatschappij op oneigenlijke gronden worden betwist. Illustratief is de overweging van het Amerikaanse Supreme Court in de context van klimaatverandering dat ‘the risk of catastrophic harm, though remote, is nevertheless real.’¹⁰⁹

De normatieve functie van risico komt voort uit het feit dat door te denken in termen van risico’s, uiteindelijk de mogelijkheid wordt gecreëerd om te anticiperen op een mogelijk negatieve toekomst en om deze af te wenden of de gevolgen daarvan af te zwakken.¹¹⁰ Zoals de risicokundige Renn stelt draagt het risicodenken daarmee ‘the implicit message to reduce undesirable effects through appropriate modification of the causes or, though less desirable, mitigation of the consequences’.¹¹¹

De term risico impliceert in de context van dit artikel derhalve dat het civiele aansprakelijkheidsrecht niet alleen een instrument is voor de *ex post* verdeling van de schade indien een risico zich heeft gematerialiseerd, maar ook van belang is voor hoe de overheid, met het oog op de toekomst, om moet gaan met risico’s en de daaromtrent heersende onzekerheden. Dit idee van (*ex ante*) beleids- en gedragsbeïnvloeding via het civiele aansprakelijkheidsrecht komt het meest evident naar voren in gebods- en verbodsacties, al dan niet in combinatie met een verklaring voor recht, zoals *Urgenda*, *Tabakslobby* en *Luchtvervuiling*. Maar ook schadevergoedingsprocedures, zoals *Q-koorts* en *Asbestfalen*, kunnen leiden tot dergelijke veranderingen: bovenal kunnen, indien men ‘geloofd’ in de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, de kosten van schadevergoeding een incentive opleveren om het beleid aan te passen.

Desalniettemin lijkt de meerwaarde voor risicoregulering van schadevergoedingsprocedures ten aanzien van risicovolle handelingen die reeds verboden zijn of niet meer (zouden moeten) worden uitgevoerd, zoals het werken met asbest in een werkomgeving en het overheidstoezicht op eventuele blootstelling aan asbest op de werkvloer (*Asbestfalen*), beperkt. Dergelijke procedures kunnen met name maatschappelijke verandering teweegbrengen als er reguleringseffecten in het leven worden geroepen ten opzichte van risico’s die soortgelijk zijn aan de litigieuze risico’s.¹¹² Daarmee bedoel ik dat bijvoorbeeld procedures ten aanzien van blootstelling aan asbest-risico’s op de werkvloer, met name reguleringseffecten teweeg kunnen brengen als zij (evident) sturing geven aan de vereiste omgang met de mogelijke risico’s van (bijvoorbeeld) nanodeeltjes op de werkvloer. Omdat de claim in de procedure over toezichtsfalen bij asbest werd afgewezen, is dat in dit specifieke geval, evenwel een onwaarschijnlijk effect.¹¹³ Soortgelijke kanttekeningen kunnen worden geplaatst bij *Q-koorts*.

5 De rechter als risicoreguleerder?

In de komende paragrafen worden omstandigheden besproken die van invloed (kunnen) zijn op de mate waarin de civiele rechter als risicoreguleerder in stelling kan worden gebracht en

109 *Massachusetts et. al. v. EPA* 549 U.S. 497 (2007).

110 Zie met verwijzingen De Jong 2016 (*supra* noot 105), hst. 2.

111 O. Renn, ‘Concepts of Risk: A Classification’, in: S. Krimsky & D. Golding (eds.), *Social Theories of Risk*, Westport, CT: Praeger 1992, p. 53-83 & p. 58.

112 Zie ook De Jong e.a. 2018 (*supra* noot 100), par. 2.

113 Dit neemt niet weg dat ook dat arrest aangeeft welk overheidshandelen vereist is.

zodoende via het civiele aansprakelijkheidsrecht verandering in het overheidsbeleid ten aanzien van gezondheids- en milieurisico's daadwerkelijk teweeg kan worden gebracht. Deze bespreking wordt geïllustreerd aan de hand van de vijf besproken procedures.

6 De reikwijdte en inhoudelijke betekenis van het EVRM

Een eerste, in de literatuur genoemde, omstandigheid die van belang is voor de mate waarin via de rechter maatschappelijke verandering teweeg kan worden gebracht, is het type vraag dat aan de rechter kan worden voorgelegd, alsmede wie die vraag aan de rechter kan voorleggen. Sceptici stellen dat de rol van de rechter als risicoreguleerder beperkt is vanwege 'the limited nature of rights'.¹¹⁴ De rechter oordeelt niet over de gewenste maatschappelijke koers bij gezondheids- en milieurisico's in het algemeen, maar bepaalt of de (mensen)rechten van de eisende partij in de specifieke omstandigheden van het geval zijn of (dreigen te) worden geschonden. Daarmee zou er een mismatch kunnen bestaan tussen de bredere politieke en reguleringsvraag over de wenselijke omgang met de relevante risico's in het algemeen enerzijds en de toegespitste juridische vraag of de overheid specifieke juridische verplichtingen schendt anderzijds. Om het belang van deze kanttekening te bepalen is derhalve de reikwijdte van de betekenis van het EVRM in het Nederlandse recht van belang. Welke vragen kunnen daadwerkelijk aan de civiele rechter worden voorgelegd? Zoals hieronder wordt besproken speelt het bezwaar van de limited nature of rights, vanuit EVRM optiek, in de Nederlandse rechtsorde niet in heel sterke mate.

Ten eerste is in de literatuur, zoals is aangestipt in paragraaf 2, de vraag opgeworpen of artikel 34 EVRM in de wegstaat aan een beroep op het EVRM door belangenorganisaties en derhalve een belemmering vormt voor deze organisaties om de rechter als risicoreguleerder in stelling te brengen. Het antwoord op deze vraag is van belang omdat men ervan mag uitgaan dat met name belangenorganisaties de middelen hebben en bereid zijn om de civiele rechter te verleiden tot risicoregulering. Echter, voor zover dat artikel al relevant is voor inroepbaarheid van het EVRM voor de Nederlandse rechter, illustreren *Urgenda* en *Luchtvervuiling* dat pragmatisch wordt omgesprongen met artikel 34 EVRM. Het meest voor de hand liggend is evenwel dat, gezien de rechtstreekse werking van artikel 2 en 8 EVRM in de Nederlandse rechtsorde, ook belangenorganisaties via artikel 6:162 BW aan de rechter de vraag kunnen voorleggen of het gevoerde overheidsbeleid als zodanig de toets van de positieve verplichtingen kan doorstaan, mits zij uiteraard voldoen aan de Nederlandse ontvankelijkheidsvoorwaarden.

Ten tweede is relevant dat de leer van de positieve verplichtingen in potentie een breed (beschermings)bereik heeft en aldus van toepassing kan zijn op verschillende risicovraagstukken. In de literatuur wordt gesuggereerd dat de leer onder meer toepasbaar is op de risico's van klimaatverandering,¹¹⁵ gaswinning,¹¹⁶ en onzekere risico's bij nanotechnologie en schaliegas-

114 Zie hierover Rosenberg 2008 (*supra* noot 27), p. 6 e.v. & p. 12 e.v.

115 J. Spier, *Shaping the Law for Global Crisis*, The Hague: Eleven International Publishing 2012; E.H.P. Brans & K. Winterink, 'Onzekerheid en aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering. Welke rol speelt het voorzorgsbeginsel?' in: N. Teesing (red.), *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering?* (Preadvies van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering 2012-1). Den Haag: Bju 2012, p. 111-144, p. 128.

winning.¹¹⁷ Daarmee lijkt het EVRM op materiële gronden een belangrijk middel om tot rechterlijke risicoregulering te komen. De vraag is natuurlijk of en waarom deze potentie in de verschillende procedures (niet) is 'waargemaakt'. In dat verband lijkt, naast de juridische merites die verbonden zijn aan de toepassing van het EVRM, in het bijzonder de hieronder te behandelen omstandigheden van belang.

7 Complexiteit van het risicoprobleem, kennis, specialisme en beleidsvrijheid

7.1 Introductie

Een overkoepelende omstandigheid die bepalend is voor de mate waarin men de rechter als risicoreguleerder kan laten opereren is gerelateerd aan de, veelal, complexe aard van de voorliggende risicovraagstukken enerzijds en het specialisme (althans een gebrek daaraan) van de rechter anderzijds. De civiele rechter is een generalist en zou niet over het benodigde specialisme beschikken om complexe wetenschappelijke inzichten op waarde te schatten. Daarom betogen sceptici dat hij eigenlijk weinig heeft toe te voegen aan overheidsregulering en dat hij in deze context terughoudendheid dient te betrachten.¹¹⁸ Mijns inziens is dat – impliciet – ook gebeurd in zowel *Urgenda*,¹¹⁹ *Luchtvervuiling*, *Asbestfalen* en *Q-koorts*. Dit algemene punt valt onder te verdelen in drie punten.

7.2 Wijsheid achteraf

In schadevergoedingsprocedures dient als eerste het gevaar aan dat de destijds bestaande onzekere wetenschappelijke aanwijzingen over het risico en de effectiviteit van de te nemen maatregelen, achteraf indien er meer kennis over het risico is sneller als zekerheden worden aanvaard.¹²⁰ Een problematische uitwerking van deze bias kan zijn dat men *ex post* eerder aanneemt dat de overheid te weinig heeft gedaan en/of te traag heeft gehandeld. In de literatuur is door Van Boom betoogd dat deze bias voor een deel kan worden ondervangen door van de rechter te eisen dat hij op basis van de ten tijde van gewraakte gedraging beschikbare informatie

116 E. Gijselaar, R. Rijnhout & J.M. Emaus, 'Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM', *AA* 2014, p. 801-813; J.M. Emaus & E. Gijselaar, 'Aansprakelijkheid voor schade door gasboringen – Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017', *ECLI:NL:RBNNE:2017:715 (Eisers/NAM en Staat)*, *TVP* 2017, nr. 2.

117 Gijselaar & De Jong 2016 (*supra* noot 49), par. 4.3.

118 Rosenberg 2008 (*supra* noot 27), p. 279; De Jong 2015 (*supra* noot 7), p. 878-879. Zie ook: L. Bergkamp & J.C. Hanekamp, 'Voorzorgsaansprakelijkheid: naar een Post-Normale Jurisprudentie?', *AV&S* 2003, p. 123 e.v. In de literatuur is al eerder op dit probleem gewezen ook eerder L. Enneking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', *NJB* 2014/1136, p. 1542-1551, p. 1548-1549. Zie ook L. Bergkamp, 'Het Haagse klimaatvonnis. Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste', *NJB* 2015/1676, p. 2282; L. Bergkamp & J.C. Hanekamp, 'Voorzorgsaansprakelijkheid: naar een Post-Normale Jurisprudentie?', *AV&S* 2003, p. 123 e.v.

119 Zie par. 7.3.

120 S. Lierman, *Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2004, p. 127; Annotatie T. Hartlief bij HR 9 juli 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BL3262*, *NJ* 2015/343, m.nt. T. Hartlief (*Vuurwerkcramp Enschede*), nr. 12.

aangeeft of, en zo ja welke voorzorgsmaatregelen de overheid diende te nemen.¹²¹ In het kader van de werkgeversaansprakelijkheid accepteerde de Hoge Raad dit idee reeds¹²² en in *Q-koorts* hanteert de rechtbank een soortgelijk idee door te overwegen dat ‘als geoordeeld wordt dat te laat is ingegrepen, zal dus ook (bij benadering) moeten kunnen worden vastgesteld op welk eerder gelegen moment op de Staat een rechtsplicht rustte om in te grijpen’.¹²³

In het geval van wetenschappelijke onzekerheden over risico's, waar er meestal verschillende valide interpretaties van de informatie mogelijk zijn, kan dit idee van positieve normformulering een belangrijke drempel zijn om de overheid succesvol aan te spreken. De rechter moet immers minder gespecialiseerd worden geacht dan bijvoorbeeld kennisinstituten en het is de vraag in hoeverre hij zonder hulp van de partijen en/of deskundigen kan aangeven hoe de wetenschappelijke kennis en inzichten dan wél hadden moeten worden gewaardeerd, alsmede welke specifieke maatregelen dienden te worden genomen. Er moeten dan ook goede redenen voor de rechter zijn om zijn inschatting van de wetenschappelijke kennis en inzichten ‘in plaats te stellen’ van die van bijvoorbeeld een kennisinstituut, zoals nader uiteen wordt gezet in paragraaf 7.3.

In het arrest over asbestfalen wordt de *hind sight bias* niet met zoveel woorden genoemd, maar het vereiste dat er concrete omstandigheden moeten worden gesteld en bewezen alvorens tot een concreet toezichtsfalen kan worden geconcludeerd, kan worden gezien als een mechanisme om de valkuilen van de *hind sight bias* tegen te gaan.

7.3 De positie van de rechter ten opzichte van de overheid

Bij het beoordelen van het gewraakte overheidsgedrag is een belangrijke vraag of de overheid in het licht van de ten tijde van het gewraakte gedrag bestaande kennis en inzichten voldoende doet of heeft gedaan.¹²⁴ Met het oog op het beperkte specialisme van de civiele rechter komt in dat verband de vraag naar voren welke positie hij ten opzichte van de overheid dient in te nemen bij het beoordelen van de wetenschappelijke kennis en inzichten die leidend zijn geweest bij het kiezen van de beleidslijn. Indien de overheid zich door een erkend kennisinstituut heeft laten voorlichten en deze kennis en inzichten eveneens aan de basis van haar handelen heeft gelegd, kan er voor de rechter een aanzienlijke drempel bestaan om deze kennis en inzichten (impliciet) als inadequaaf te bestempelen. In het bijzonder rijst dan de vraag in hoeverre de overheid de beleidsvrijheid heeft om wetenschappelijk valide kennis en inzichten over het vereiste beschermingsniveau tegen een gezondheids- of milieurisico, ‘naast zich neer te leggen’. Deze vraag rijst met name indien de overheid weliswaar uitgaat van valide wetenschappelijke kennis en inzichten, maar er ook andere valide wetenschappelijke kennis en inzichten zijn die een verdergaand beschermingsniveau impliceren. In dat geval rijst de vraag in hoeverre het aan de rechter is om te bepalen van welke van de verscheidene valide kennis en inzichten over het risico en de te nemen voorzorgsmaatregelen moet worden uitgegaan.

121 W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003.

122 HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99, m.nt. T. Hartlief (*Lansink/Ritsma*), r.o. 4.3.2.

123 Rb. Den Haag, 25 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:587, JA 2017/42, m.nt. J.H.G. Verweij-Hoogendijk (*Q-koorts*), r.o. 5.11.

124 Rosenberg 2008 (*supra* noot 27), p. 128; Shleifer 2012 (*supra* not 27), p. 279.

Deze thematiek komt mooi terug in *Urgenda* en *Luchtvervuiling*, waarin in essentie op grond van de beschikbare wetenschappelijke kennis en inzichten over de risico's, aan de rechter wordt gevraagd de Staat te verplichten een hoger beschermingsniveau te bewerkstelligen. Er zijn in dit verband evenwel belangrijke verschillen tussen beide procedures, die ook de verschillen in de uitkomst deels verklaren. In *Luchtvervuiling* werd het door de eisers gevorderde beschermingsniveau gebaseerd op een niet-bindende richtlijn van het WHO, terwijl in *Urgenda* het door de Rechtbank opgelegde reductiepercentage voortvloeit uit internationale verdragen waaraan de Staat zich heeft gecommitteerd. In *Urgenda* vormde het EVRM derhalve een steunargument voor het *bevestigen* van een reeds *juridisch* vastgelegd beschermingsniveau, terwijl in *Luchtvervuiling* het EVRM in essentie werd in geroepen om de wetenschappelijke kennis en inzichten waaruit zou blijken dat een hoger beschermingsniveau wenselijk is, juridisch bindend te maken. Echter, het feit dat op grond van bepaalde wetenschappelijke kennis en inzichten een hoger beschermingsniveau geïndiceerd kan zijn, brengt nog niet met zich dat dit beschermingsniveau op grond van het EVRM vereist is, zo is de gedachte die van *Luchtvervuiling* uitgaat. Die boodschap ligt (impliciet) ook besloten in *Urgenda*: de rechter legt immers een minimumreductieniveau (25 procent voor 2020) aan de Staat op en niet een hoger reductieniveau (40 procent voor 2020) dat in het licht van de bestaande wetenschappelijke kennis en inzichten ook te rechtvaardigen valt.¹²⁵ Daarbij is zonder twijfel ook relevant dat, naar het oordeel van de rechtbank, de Staat in *Luchtvervuiling* (grotendeels) juist wél voldoet aan de op hem rustende verplichtingen onder het Europese recht.

Samenvattend: de Haagse rechtbank laat in deze procedures de Staat de beleidsvrijheid om in voorkomende gevallen wetenschappelijke kennis en inzichten waaruit zou blijken dat een hoger beschermingsniveau dan met de op dat moment geldende regelgeving wordt gehaald wenselijk is, 'naast zich neer te leggen'.

Vermelding verdient voorts dat in *Urgenda* de rechtbank via een procedurele weg om is gegaan met de uitdagingen die zich aandienen bij wetenschappelijk-technische vraagstukken. De rechtbank erkent dat ze zelf niet over deskundigheid op het terrein van de klimaatwetenschap bezit en baseert zich op hetgeen partijen in dit opzicht hebben overgelegd en tussen hen vaststaat.¹²⁶ Een van die partijen is de overheid en daarmee baseert de rechtbank haar legitimiteit om een oordeel te geven over de complexe materie juist op de kennis en inzichten die het (mede) aan de zijde van de overheid aanwezig acht. Anderzijds legitimeert de rechtbank overigens met deze overweging ook de kennis en inzichten waarvan de staat uitgaat, zoals Lee aantoonde.¹²⁷

Vervolgens worden enkele stellingen die voortbouwen op onzekerheden over 1) de meest kost-effectieve aanpak van het probleem, 2) een mogelijk waterbed-effect waardoor andere landen 'minder zouden gaan doen' en 3) de mogelijkheid dat in de toekomst effectievere technologieën ter beschikking komen, op bewijsrechtelijke gronden¹²⁸ en met verwijzing naar internationale

¹²⁵ Zo erkent de rechtbank ook.

¹²⁶ Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.3.

¹²⁷ Zie Lee 2018 (*supra* noot 107).

¹²⁸ 'Staat heeft niet betoogd dat het loslaten van deze nationale reductiedoelstelling van 30% [...] zijn ingegeven door verbeterde wetenschappelijke inzichten of doordat het economisch niet verantwoord zou zijn om bij de doelstelling van 30% te blijven'. Rb. Den Haag 24 juni 2015 ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.70.

kennisinstituten¹²⁹ opzijgeschoven. In *Urgenda* kon de rechter bovendien gemakkelijk(er) aan positieve normformulering doen: de gestelde reductie-ondergrens wordt in de internationale klimaatwetenschappen én in door de overheid ondertekende verdragen algemeen erkend.¹³⁰ Het is evenwel de vraag in hoeverre deze route ook kan worden afgelegd indien de partijen in hoger beroep over en weer de lezing van de bestaande kennis en inzichten betwisten.

7.4 Het bewijzen van kennis over het risico

Ten slotte kan, mede in het licht van de hind sight bias, het bewijzen van kennis aan de zijde van de overheid over de (dreigende) inbreuk een belangrijke drempel opwerpen. Dit geldt logischerwijze in het bijzonder in schadevergoedingsprocedures waar vanuit het heden, gedrag en beleid uit het verleden wordt beoordeeld. In gebods- en verbodsacties mag met het instellen van de vordering verondersteld worden dat de overheid (in ieder geval vanaf dat moment) bekend is geworden met een mogelijk (dreigende) inbreuk.

In het arrest over asbestfalen was met name het bewijzen van kennis aan de zijde van de overheid een belangrijke drempel. In dat arrest was – voor het slachtoffer – een knelpunt dat de concrete omstandigheden die konden leiden tot het aannemen van onrechtmatigheid vanwege toezichtsfalen niet voldoende werden aangedragen. De uitkomst komt overeen met het algemene beeld dat overheidsaansprakelijkheid voor (concreet) toezichtsfalen, zo merkt Tjong Tjin Tai op, afketst op het feit dat concrete aanwijzingen die de bevoegde autoriteit tot ingrijpen hadden moeten aanzetten vaak ontbreken, althans niet voldoende worden gesteld of bewezen.¹³¹ Een uitzondering vindt men overigens in dit verband in een oordeel van de Rechtbank Noord-Nederland dat de Staat tussen 2013 en 2015 zijn zorgplicht heeft geschonden door, na de aardbeving in Huizinge op 16 augustus 2012 en het daaropvolgende advies van Staatstoezicht op de Mijnen begin januari 2013, na te hebben gelaten de gaswinning (verder) te reduceren.¹³² Het zou interessant zijn om te onderzoeken in hoeverre deze uitspraak (en andere uitspraken) bij heeft gedragen aan veranderingen in het overheidsbeleid op dit terrein.

8 Afsluiting

Op papier lijkt het EVRM een belangrijk middel om de rechter als risicoreguleerder in te zetten. Artikel 34 EVRM blijkt geen onoverkomelijke horde voor claims aangebracht door belangenorga-

129 Uit rapporten van het UNEP en het IPCC zou immers blijken 'dat later ingrijpen de noodzaak van nieuwe technologieën vergroot, terwijl de risico's en mogelijkheden daarvan onzeker zijn'. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.72. De rechtbank wijst deze stelling op feitelijke gronden af, in essentie omdat de Europese Commissie onlangs zou hebben geconcludeerd 'voorlopig nog geen aanwijzingen' van het waterbed effect te hebben gezien. Rb. Den Haag 24 juni 2015 ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.81.

130 De rechtbank wijst deze stelling op feitelijke gronden af, in essentie omdat de Europese Commissie onlangs zou hebben geconcludeerd 'voorlopig nog geen aanwijzingen' van het waterbed effect te hebben gezien. Rb. Den Haag 24 juni 2015 ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.81.

131 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders', Bb 2011/11. Zie ook de annotatie van Hartlief bij HR 9 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL3262, NJ 2015/343, m.nt. T. Hartlief (*Vuurwerkkramp Enschede*).

132 Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, JA 2017/88, m.nt. F.I. van Dorsser.

nisaties en uit artikel 2 en 8 EVRM vloeien in verscheidene omstandigheden verplichtingen voort die strekken tot proactief overheidshandelen bij gezondheids- en milieurisico's. Daarmee heeft het EVRM potentieel een breed beschermingsbereik. In de praktijk blijken evenwel de nodige drempels te bestaan om de rechter als risicoreguleerder in stelling te brengen. Vooralsnog vindt de overheid bij de civiele rechter met name een *shield* tegen verwijten dat haar beleid en/of handelen ten aanzien van verschillende gezondheids- en milieurisico's onvoldoende is (geweest). Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de overheid haar beleid bij gezondheids- en milieurisico's over het algemeen goed op orde heeft. Een andere verklaring is dat de eisers rechters vooralsnog onvoldoende weten te overtuigen van het feit dat in het licht van de bestaande wetenschappelijke kennis en inzichten, op grond van het EVRM een hoger beschermingsniveau is vereist. In met name *Luchtvervuiling* en *Q-koorts* is de rechter onvoldoende verleid om in zijn oordeel van andere wetenschappelijke kennis en inzichten of een andere lezing van de bestaande kennis en inzichten uit te gaan dan waar de overheid van uitgaat of is uitgegaan. Gezien de positie van de rechter ten opzichte van de overheid in dit verband, is dit evenwel geen gemakkelijke opgave. De terughoudendheid van de civiele rechter is niet heel verwonderlijk.

Voor degenen die meer van het civiele aansprakelijkheidsrecht verwachten is dit wellicht een teleurstellende analyse. Er zijn evenwel ook kanttekening te plaatsen. Zo zijn er de afgelopen jaren enkele procedures geweest waarin juist geen terughoudende koers is gevaren, denk aan *Urgenda* en de hiervoor aangehaalde gaswinningszaak. Hoewel het de vraag is in hoeverre deze zaken daadwerkelijk een koerswijziging op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht inluiden, illustreren zij wel dat voor het aansprakelijkheidsrecht in bepaalde (uitzonderings?) gevallen een rol is weggelegd bij een falende overheid en een falende risicoregulering. Ten tweede dient te worden gewezen op de methodologische beperkingen van dit artikel, dat niet op zelfstandig empirisch onderzoek berust. Zo bevat deze bijdrage geen onderzoek naar de reactie in onder meer het parlement en de media op de vijf behandelde procedures. Eveneens is niet ingegaan op de vraag of bepaalde procedures waarin de claim is afgewezen niet alsnog, via 'de achterdeur', de koers van de overheid hebben beïnvloed of nog steeds beïnvloeden. Ten slotte, en dit is wellicht de belangrijkste kanttekening, kunnen ook procedures tegen private actoren de koers van de overheid beïnvloeden en kunnen dergelijke procedures 'gaten' in de overheidsregulering van risico's of een gebrek aan regulering ondervangen.¹³³ Voor de mensen die meer verwachten en wellicht ook eisen van het aansprakelijkheidsrecht is een hoopgevend signaal dat, in tegenstelling tot het overheidsaansprakelijkheidsrecht, in procedures tegen private actoren door de civiele rechter allerminst een terughoudende koers wordt gevaren.¹³⁴ Deze route naar risicoregulering via het civiele aansprakelijkheidsrecht moet dan ook, zowel in vervolgonderzoek als door procespartijen niet uit het oog worden verloren.

133 Zie voor een mooi voorbeeld Kysar 2018 (*supra* noot 22). Uiteraard komen allerlei vragen naar voren over de rol van het EVRM in dergelijke procedures.

134 Zie over dit verschil onder meer E.R. de Jong, 'Private Law at the crossroads: judicial risk regulation in the context of health and environmental risks', in: M. Dyson (ed.), *Regulating Risk through Private Law*, Antwerpen: Intersentia 2018 p. 375-398, p. 385-396. Zie eveneens De Jong 2015 (*supra* noot 7).