

Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid

NTBR 2016/6

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft verschillende positieve verplichtingen geformuleerd die strekken tot actief optreden van de overheid om haar burgers te beschermen tegen bedreigingen voor de fysieke veiligheid. Gezien de aandacht voor het aansprakelijkheidsrecht als instrument om te reageren op een (vermeend) overheidsfalen bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid, zullen deze positieve verplichtingen ook van belang zijn in aansprakelijkheidsrechtelijke procedures. In dit artikel wordt aan de hand van vier typen overheidsfalen en een uiteenzetting van de rechtspraak van het Hof besproken of, en zo ja welke aanknopingspunten het EVRM biedt voor de vaststelling of er sprake is van een bepaald overheidsfalen. De inzichten die hierbij worden opgedaan verschaffen de civiele rechter handvatten bij het beoordelen van een vermeend overheidsfalen in een concrete procedure en bieden de overheid inzicht in hoe zij, met het oog op toekomstige bedreigingen, dient te voorkomen dat zich een overheidsfalen en een inbreuk op het EVRM voordoet.

1. Introductie

In 2014 voerde een voormalige werknemer van Zalco B.V. een procedure tegen de Staat. De werknemer claimde schadevergoeding voor negatieve gezondheidseffecten die hij zou ondervinden als gevolg van een vermeend falen aan de zijde van de Staat om adequaat te reageren op de gevaren van blootstelling aan asbest.² Deze procedure staat niet op zich. Het aansprakelijkheidsrecht lijkt in toenemende mate te worden ingezet om (vermeend) overheidsfalen bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid te voorkomen (via gebods- en verbodsacties) of om de negatieve gevolgen

daarvan aan te pakken (via schadevergoedingsacties).³ Zo bepaalde de Rechtbank Den Haag dat op de Staat een rechtsplicht rust om de Nederlandse CO₂-uitstoot in 2020 te reduceren met minimaal 25% ten opzichte van het niveau van CO₂-uitstoot in 1990.⁴ Met het huidige beleid zou Nederland een reductie van 17% in 2020 behalen. Ook in de context van gaswinning en in het kader van blootstelling van defensie-medewerkers aan chroom 6 worden de mogelijkheden van een schadevergoedingsprocedure tegen de Staat onderzocht.⁵

In dit type procedures kan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) een belangrijke rol spelen. Ter staving van de stelling dat de overheid niet adequaat reageert of heeft gereageerd op bedreigingen, kan namelijk een beroep worden gedaan op de positieve verplichtingen die besloten liggen in artikel 2 en/of artikel 8 EVRM.⁶ Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM of Hof) heeft verschillende verplichtingen geformuleerd die strekken tot actief optreden van de overheid om haar burgers te beschermen tegen bedreigingen voor de fysieke veiligheid. Deze positieve verplichtingen zijn in de loop der jaren nader ingevuld en verder uitgebreid, hetgeen

1 Citeerwijze: E.C. Gijsselaar & E.R. de Jong, 'Overheidsfalen en het EVRM bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid', *NTBR* 2016/6, afl. 2. Mr. drs. E.C. Gijsselaar en mr. E.R. de Jong zijn als promovenda resp. onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (www.uu.nl/ucall) van de Universiteit Utrecht. De auteurs danken prof. dr. mr. I. Giesen en prof. dr. mr. F.G.H. Kristen voor hun commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

2 In november 2014 deed de Rechtbank Den Haag uitspraak. Zie Rb. Den Haag 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593.

3 T. Hartlief, 'Privaatrecht in nood. Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiek recht', in: *Crises, rampen en recht. Preadviezen voor de Nederlandse Juristenvereniging (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, 2014-1)*, Deventer: Kluwer 2014, p. 137-138; E.R. de Jong, 'Rechterlijke risicoregulering bij gezondheids- en milieurisico's', *AA* 2015, p. 872-881; L.F.H. Ennekking & E.R. de Jong, 'Regulering van onzekere risico's via public interest litigation?', in: *NJB* 2014/1136, p. 1542-1551. Zie in het kader van klimaatverandering bijvoorbeeld J. Spier, 'Injunctive Relief: Opportunities and Challenges: Thoughts About a Potentially Promising Legal Vehicle to Stem the Tide', in: J. Spier & U. Magnus (red.), *Climate Change Remedies. Injunctive Relief and Criminal Law Responses*, Den Haag: Eleven International Publishing 2014, p. 1-120.

4 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145. Naar gangbare wetenschappelijke inzichten is een reductie van 25% tot 45% nodig om gevaarlijke klimaatverandering af te wenden. Deze procedure heeft in korte tijd veel auteurs in de pen doen klimmen. J.M. van den Berg & R.H.J. Cox, 'Is de staat aansprakelijk voor klimaatverandering?', *AV&S* 2014/2, p. 5-11; M. Peeters, 'Europees klimaatrecht en nationale beleidsruimte', *NJB* 2014/41, p. 2918-2925; E.R. de Jong, 'Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?', *NTBR* 2015/46, p. 319-326; R. van Gestel & M. Loth, 'Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?', *NJB* 2015/37, p. 2598-2605; R. Schutgens, 'Urgenda en de trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2270-2277.

5 Zie voor een analyse van de mogelijkheden in de context van gaswinning E.C. Gijsselaar, R. Rijnhout & J.M. Emaus, 'Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM', *AA* 2014, p. 801-813 en P. Bleumink, 'Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade, Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor bevingsschade in Groningen', *AV&S* 2015/7. Zie ook het themanummer van het *NJB* over Gaswinning in Groningen, *NJB* 2015, afl. 26. Zie in het kader van chroom 6 http://binnenland.eenvandaag.nl/tv-items/58353/chroom_6_rechter_hoort_zieke_oud_medewerkers_defensie en *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 1990.

6 Inmiddels zijn op grond van vrijwel alle bepalingen van het EVRM positieve verplichtingen geformuleerd. Het toepassingsbereik van positieve verplichtingen is dan ook breder dan de in dit artikel besproken gevallen van ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid.

van belang kan zijn voor huidige en toekomstige procedures waarin een vermeend overheidsfalen centraal staat. Zo bierp de voormalige werknemer van Zalco B.V. zich op artikel 2 en artikel 8 EVRM. De rechtbank oordeelde dat de Staat op grond van het nationale recht niet onrechtmatig heeft gehandeld en dat toepassing van artikel 2 en artikel 8 EVRM niet tot een ander oordeel leidt.⁷ Een inhoudelijke motivering van dit oordeel laat de rechtbank helaas achterwege. In de Urgenda-procedure oordeelde de Rechtbank Den Haag dat het EVRM weliswaar niet direct toepasselijk is, maar wel indirect richting geeft aan de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.⁸ De concrete invloed van het EVRM op de invulling van deze norm wordt evenwel niet geëxpliciteerd door de rechtbank.

Wat de (concrete) betekenis van het EVRM is bij de beoordeling van een vermeend overheidsfalen volgt niet uit voornoemde rechtspraak. Onduidelijk is dan ook wat de gevolgen (kunnen) zijn van de ontwikkelingen in de rechtspraak van het EHRM voor het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht. In hoeverre is een beroep op het EVRM kansrijk? Wat zijn de mogelijkheden om op basis van het EVRM vast te stellen dat er sprake is van een overheidsfalen, wat zijn de grenzen en waar liggen de onduidelijkheden?

In dit artikel zullen we de mogelijke betekenis analyseren van artikel 2 en artikel 8 EVRM voor de beoordeling of er sprake is van een overheidsfalen bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid. Aangevangen wordt met een bespreking van de notie 'overheidsfalen'. Daarbij worden verschillende typen overheidsfalen geïdentificeerd (paragraaf 2). Vervolgens wordt de stand van zaken op het gebied van de positieve verplichtingen beschreven (paragraaf 3). In paragraaf 4 worden de inzichten uit paragraaf 2 en 3 samengevoegd. Naast een bespreking van de betekenis van de rechtspraak van het EHRM voor het vaststellen van overheidsfalen in algemene zin, zullen we per geïdentificeerd type van overheidsfalen bespreken welke implicaties het EVRM heeft voor de beoordeling van dat vermeende falen. Afgesloten wordt met enkele conclusies (paragraaf 5). Een en ander zal worden geïllustreerd aan de hand van verschillende risicodossiers, zoals chroom 6, asbest, (schalie)gaswinning en nanotechnologie.

2. Overheidsfalen

2.1 Visies op overheidsfalen

In dit artikel wordt met de term overheidsfalen gerefereerd aan de situatie dat de overheid niet voldoet aan de (maatschappelijke) verwachting om een bepaald beschermingsniveau tegen ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid

te bieden.⁹ De overheid heeft, in tegenstelling tot wat van haar verwacht wordt, bijvoorbeeld in het geheel geen kennis van de bedreiging of wendt publieke middelen aan voor andere doeleinden. Een overheidsfalen kan als consequentie hebben dat de kans op verwezenlijking van een bedreiging voor de fysieke veiligheid onaanvaardbaar wordt verhoogd of dat deze zich daadwerkelijk verwezenlijkt. Om een voorbeeld te geven: asbestgerelateerde risico's zijn mede gematerialiseerd (en verergerd) door het falen van overheden (en het bedrijfsleven) om vroegtijdig signalen van asbestgevaaren te erkennen en daarop te reageren.¹⁰

De vaststelling of er sprake is van een overheidsfalen, is niet gemakkelijk en tot op bepaalde hoogte subjectief en politiek van aard. De opvattingen over het gewenste beschermingsniveau en de rol van de overheid in het afdwingen van dit beschermingsniveau, kunnen aanzienlijk uiteenlopen. In dit verband kunnen grofweg twee verschillende visies op overheidsfalen worden onderscheiden. Aan de ene kant staat de neo-liberale visie. Personen die deze visie aanhangen, zien risicovolle activiteiten met name als een bron van goede (economische) kansen. Overheidsingrijpen staat in de weg aan het benutten van deze kansen.¹¹ Een voorbeeld van een activiteit waarin de overheidsaandacht met name uitging naar de goede kansen, zijn de gasboringen in Groningen. Zo constateerde de Onderzoeksraad voor Veiligheid recent dat het veiligheidsbelang onvoldoende aandacht kreeg in de besluitvorming over gasboringen.¹² Soortgelijke conclusies – namelijk dat de overheid te veel oog heeft (gehad) voor de goede kansen en te weinig oog heeft (gehad) voor de kwade kansen – zijn getrokken in de context van bijvoorbeeld de omgang met asbest en CO₂-uitstoot.¹³

7 Rb. Den Haag 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593, r.o. 4.35.

8 Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, r.o. 4.46.

9 Zie over 'government failure' B. Orbach, 'What is government failure', *Yale Journal on Regulation Online*, 2013/30 (hierna: Orbach 2013); Luff hanteert de term 'regulatory gaps'. Dit zijn volgens hem 'differences between governmentally provided and socially demanded levels of regulation'. Zie P. Luff, *The Political Economy of Court-Based Regulation*, 2015, p. 12 (te raadplegen via SSRN).

10 Zie voor een illustratief overzicht van de asbestregulering in Nederland R.F. Reurs, *Macht en tegenmacht in de Nederlandse asbestregulering* (diss. EUR), Den Haag: BJU 2012, p. 475-478 (hierna: Reurs 2012); E. de Kezel, *Asbest, gezondheid en veiligheid. Ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht en Gent), Antwerpen: Intersentia 2013, p. 703 e.v. Zie voor een internationale analyse op dit vlak D. Gee & M. Greenberg, 'Asbestos: from 'magic' to malevolent mineral', in: P. Harremoës e.a. (red.), *Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000* (Environmental issue report No. 22), 2001, p. 56-58 (hierna: Gee & Greenberg 2001). Zie ook EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (*Brincat/Malta*).

11 De term 'government failure' is overigens van oorsprong een neo-liberaal concept en staat voor een imperfect (verstorend) ingrijpen van de overheid in de marktwerking. Vgl. Orbach 2013, p. 44-45. Freudenberg geeft een ontluisterend overzicht van de wijze waarop het Amerikaanse bedrijfsleven en de daarmee gepaard gaande lobby vanaf de jaren 60 van de vorige eeuw ervoor gezorgd hebben dat overheidsinterventie ten behoeve van het beschermen van milieu en gezondheid in de VS geminimaliseerd is. Zie N. Freudenberg, *Lethal but Legal. Corporations, consumption and protecting public health*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 71-94.

12 Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Aardbevingsrisico's in Groningen. Onderzoek naar de rol van veiligheid van burgers in de besluitvorming over de gaswinning (1959-2014)*, Den Haag 2015, p. 88.

13 Gee & Greenberg 2001, p. 52-63; H. Grassl en B. Metz, 'Climate change: science and the precautionary principle', in EEA, *Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation*, Denmark: EEA 2013, p. 340-378. Zie over de omgang met asbest in Nederland: Reurs 2012.

Aan de andere kant staat de visie die is gebaseerd op het voorzorgparadigma.¹⁴ In deze visie worden risicovolle handelingen naast een bron van economische kansen ook als een bron van gevaar gezien. Als uitgangspunt heeft te gelden dat de bescherming van de natuur en de mens voorrang geniet boven het nastreven van economisch nut. De overheid dient proactief en vroegtijdig in te grijpen en bescherming af te dwingen. In beginsel zal binnen deze tweede visie sneller een overheidsingrijpen en een hoger beschermingsniveau tegen bedreigingen worden verwacht. Deze visie wint langzaam terrein in Nederlandse beleidskringen. Interessant is bijvoorbeeld dat de Nederlandse overheid de zorgsbenadering ten grondslag legt aan de beleidsaanpak van nieuwe technologieën, zoals nanotechnologie.¹⁵

De mate van onenigheid over het gewenste niveau van overheidsinterventie, hangt daarnaast nog sterk samen met de mate van wetenschappelijke (on)zekerheid over de desbetreffende bedreiging. Waar de risico's in verregaande mate wetenschappelijk bekend zijn, is er veelal een grote mate van overeenstemming dat (verregaande) overheidsinterventie gewenst is. Dat is bijvoorbeeld het geval bij asbest. De moeilijkheden doen zich voor bij de gevallen waarin er substantiële wetenschappelijke onzekerheden zijn over het bestaan, de aard en de omvang van de bedreigingen voor de fysieke veiligheid. Dergelijke onzekerheden verschaffen de nodige ruimte voor een verschil in visie over de noodzaak van overheidsinterventie en het beschermingsniveau dat met deze interventie behaald dient te worden.¹⁶ Hierdoor wordt het moeilijk(er) om een overheidsfalen vast te stellen.

2.2 Typen van overheidsfalen

Met het oog op het duiden van de in paragraaf 3 te behandelen rechtspraak van het EHRM, worden in deze paragraaf vier typen van overheidsfalen onderscheiden. Wij onderscheiden: regelgevingsfalen, beleidsfalen, falen om feitelijke maatregelen te nemen en handavings- en toezichtsfalen.¹⁷

In geval van regelgevingsfalen wordt de overheid verweten dat zij geen adequate regels heeft opgesteld om het gedrag van de betrokken actoren te normeren. Het kan hier bijvoorbeeld gaan om vergunningsvoorschriften of zorgplichten voor de betrokken actoren. In de procedure van een werknemer tegen de Staat, wordt de Staat bijvoorbeeld verweten

dat hij zich onvoldoende heeft ingespannen om de nodige wetgeving tot stand te brengen ter voorkoming van asbestblootstelling.¹⁸

Van een vermeend beleidsfalen kan gesproken worden wanneer de overheid nalaat om via beleidsinstrumenten de betrokken actoren aan te zetten tot het bieden van bescherming tegen bedreigingen voor de fysieke veiligheid. Het gaat hier om instrumenten die geen juridische rechten en/of verplichtingen voor de betrokken actoren scheppen, maar die wel beogen om deze actoren aan te zetten om op een bepaalde manier te reageren op bedreigingen voor de fysieke veiligheid. Gedacht kan worden aan door aan de overheid gelieerde kennisinstellingen opgestelde gedragscodes waarvan naleving door de Staat wordt aanbevolen. Daarnaast behoort het van overheidswege stimuleren van door het bedrijfsleven opgestelde gedragscodes (zelfregulering) ook tot de mogelijkheden. Dit type instrument wordt voornamelijk ingezet bij de regulering van onzekere risico's van nieuwe technologieën, zoals nanotechnologie. Een belangrijke reden hiervoor is dat publiekrechtelijke regelgeving, zowel op Europees als op nationaal niveau, ontbreekt en het aannemen en opstellen van nieuwe regelgeving een lang en moeizaam proces is.¹⁹

Daarnaast kan zich een falen voordoen wanneer de overheid nalaat om door middel van feitelijke maatregelen de bedreigingen voor de fysieke veiligheid tot een aanvaardbaar niveau terug te brengen. Denk hierbij aan een falen om onderzoek te doen, informatie te verschaffen, te waarschuwen,²⁰ beschermende maatregelen te treffen en burgers te onttrekken aan blootstellingssituaties. Een vermeend falen van dit type doet zich voor in de context van chroom 6. In haar hoedanigheid als werkgever wordt de Staat (het Ministerie van Defensie) verweten jarenlang ten onrechte defensiemedewerkers niet te hebben beschermd tegen de gevaren van deze stof.

Ten slotte kan sprake zijn van een handavings- en toezichtsfalen. In dit verband wordt vaak het onderscheid tussen algemeen en concreet toezichtsfalen gehanteerd, dat is geïntroduceerd door Van Boom en Giesen.²¹ In geval van een algemeen toezichtsfalen houdt de overheid onvoldoende (preventief) toezicht op de naleving van de genomen maatregelen en afgegeven vergunningen. Bij een concreet toezichtsfalen treedt de overheid bij gebleken of dreigende overtredingen, niet of onvoldoende hard op. Gedacht kan

14 Zie met betrekking tot voorzorg onder meer WRR, *Onzekere Veiligheid. Verantwoordelijkheden rond fysieke veiligheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2008, p. 129 e.v. (hierna: WRR 2008).

15 Zie E.R. de Jong, 'Van voorzorgbeleid naar zorgverplichting. Over de doorwerking van overheidsbeleid in aansprakelijkheidsrechtelijke zorgverplichtingen en over veranderende verantwoordelijkheden voor de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën', in: I. Giesen, J.M. Emaus en L.F.H. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014, p. 233 e.v.

16 Zie over dit fenomeen WRR 2008, p. 121 e.v. Zie met betrekking tot 'regulatory failures' M.G. Faure, 'The complementary roles of liability, regulation and insurance in safety management: theory and practice', *Journal of Risk Research* 2014 17 (6), p. 694.

17 Vgl. W.H. van Boom & I. Giesen, 'Civielrechtelijke overheidsaansprakelijkheid voor het niet voorkomen van gezondheidsschade door rampen', *NJB* 2001, p. 1678-1679 die twee typen van falen hebben uitgewerkt: regelgevingsfalen en toezichtsfalen.

18 Rb. Den Haag 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593, r.o. 4.27-4.29.

19 Zie hierover meer uitgebreid E.R. de Jong, 'Van voorzorgbeleid naar zorgverplichting. Over de doorwerking van overheidsbeleid in aansprakelijkheidsrechtelijke zorgverplichtingen en over veranderende verantwoordelijkheden voor de fysieke veiligheid bij nieuwe technologieën', in: I. Giesen, J.M. Emaus en L.F.H. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014, p. 236 e.v.

20 Ook in de reeds hiervoor aangehaalde asbestprocedure claimden de eisers dat de Staat zijn onderzoeks- en waarschuwingsplicht naar de gevaren van asbest heeft geschonden. Rb. Den Haag 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593, r.o. 4.17-4.27.

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

worden aan het niet of onvoldoende ingrijpen bij gebleken overtredingen van een rookverbod.

3. Positieve verplichtingen op grond van het EVRM

3.1 *Introductie*

Uit het EVRM vloeien verschillende zogenaamde positieve verplichtingen voor de Staat voort teneinde actief op te treden ter verzekering van fundamentele rechten.²² In geval van ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid, zijn met name het in artikel 2 EVRM gegarandeerde recht op leven en het door artikel 8 EVRM beschermde recht op respect voor privéleven van belang. De Staat dient verschillende maatregelen te nemen om deze rechten effectief te beschermen.²³ Het niet vervullen van een positieve verplichting kan gekwalificeerd worden als een onrechtmatige daad en kan een reden zijn om schadevergoeding toe te kennen of een ge- of verbodsactie toe te wijzen. In de paragrafen 3.2 en 3.3 worden allereerst de voorwaarden omschreven die bepalend zijn voor het bestaan van zo'n positieve verplichting. Twee voorwaarden worden onderscheiden: de (dreigende) inbreuk dient voldoende ernstig te zijn en de (verdrags)staat wist of behoorde te weten van de (dreigende) inbreuk. De vraag rijst of een positieve verplichting kan bestaan wanneer onzeker is of een bepaalde gedraging een bedreiging vormt. In paragraaf 3.4 wordt beschreven dat het voorzorgsbeginsel als scharnierpunt kan worden gebruikt om ondanks de afwezigheid van bewijs van een causaal verband, een positieve verplichting aan te nemen. Bij de concrete invulling van een positieve verplichting²⁴ kunnen twee sporen worden onderscheiden. Deze komen in paragraaf 3.5 en verder aan de orde. Hoewel het vanwege de casuïstische benadering van het EHRM soms onduidelijk is welke algemene conclusies aan een uitspraak verbonden kunnen worden, komen er in onze ogen duidelijk algemene lijnen en richtsnoeren uit die rechtspraak naar voren.

3.2 *Eerste voorwaarde: (dreigende) inbreuk op de door artikel 2 en/of 8 EVRM beschermde rechten*

Een eerste voorwaarde voor het bestaan van een positieve verplichting betreft de aard van de (dreigende) inbreuk. Waar het gaat om ernstige bedreigingen voor het leven van burgers, is artikel 2 EVRM van toepassing. Het EHRM

heeft positieve verplichtingen geformuleerd in procedures waarin het gaat om risicovolle activiteiten die de dood tot gevolg (kunnen) hebben. Het gaat hier allereerst om ernstige bedreigingen voor het leven als gevolg van industriële activiteiten, zoals het drijven van een afvalstoffeninrichting in een sloppenwijk.²⁵ Artikel 2 EVRM is daarnaast van toepassing wanneer de natuur de primaire bedreiging voor het leven van een persoon vormt. Zo oordeelde het EHRM in *Budayeva e.a./Rusland*, waarin de nationale autoriteiten hadden verzuimd maatregelen te treffen tegen bijna jaarlijks terugkerende modderstromen, dat artikel 2 EVRM was geschonden.²⁶ Genoemde zaken betreffen rampen waarbij meerdere dodelijke slachtoffers vielen. Ook in zaken waarin geen dodelijke slachtoffers zijn te betreuren, maar er zich wel een levensbedreigende situatie voordeed, zijn overigens positieve verplichtingen geformuleerd.²⁷

Inmiddels zijn via de band van artikel 8 EVRM ook positieve verplichtingen aangenomen ten aanzien van risicovolle activiteiten die niet meteen de dood ten gevolg (kunnen) hebben, maar wel ernstige gezondheidseffecten met zich (kunnen) brengen. Dergelijke activiteiten kunnen een inbreuk maken op het recht op privéleven (gezondheid en welzijn van burgers). Zo dienen burgers op grond van artikel 8 EVRM beschermd te worden tegen langetermijnrisico's voor de gezondheid die ontstaan als gevolg van diepzeeduiken²⁸ en de blootstelling aan asbest.²⁹

Daarnaast kunnen positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM worden aangenomen voor situaties van (milieu)vervuiling en/of overlast. In die situaties zal het veelal gaan om een inbreuk op het in artikel 8 EVRM besloten liggende recht op privéleven (gezondheid en welzijn van burgers) en/of recht op respect voor de woning.³⁰ Gedacht kan worden aan de exploitatie van een staalfabriek die luchtvervuiling veroorzaakt.³¹ Artikel 8 EVRM is alleen van toepassing wanneer er sprake is van een zeker niveau van ernst van de bedreiging. Dit niveau wordt onder andere vastgesteld aan de hand van de intensiteit en duur van de (over)last, de fysieke en mentale effecten op en de kwaliteit van leven van het individu.³²

3.3 *Tweede voorwaarde: kennis*

Een tweede voorwaarde voor het aannemen van een positieve verplichting is dat de (verdrags)staat wist of behoorde te weten van de (dreigende) inbreuk op de door artikel 2 en/of 8 EVRM beschermde rechten.³³ Het gaat hier om het ni-

22 Zie over positieve verplichtingen onder meer C. Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin/Heidelberg: Springer 2003; A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2004; J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 229 e.v.; D. Xenos, *The positive obligations of the state under the European Convention of Human Rights*, London: Routledge 2012; F.M.C. Vlemminx, *Het moderne EVRM*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 275 e.v.

23 Zie bijvoorbeeld EHRM 19 februari 1998, 14967/89 (*Guerra e.a./Italië*), § 58; EHRM 9 juni 1998, 23413/94 (*L.C.B./VK*), § 36; EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), § 115.

24 De procedurele positieve verplichtingen worden buiten beschouwing gelaten. Het betreft onder meer verplichtingen tot het verrichten van onderzoek na een ramp en om burgers de mogelijkheid te bieden deel te nemen aan het besluitvormingsproces. Zie bijvoorbeeld EHRM 21 juli 2011, 38182/03 (*Grimkovskaya/Oekraïne*), § 69.

25 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*).

26 EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*).

27 Zie bijvoorbeeld EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05 (*Kolyadenko e.a./Rusland*).

28 EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10 (*Vilnes e.a./Noorwegen*).

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

30 Zie bijvoorbeeld EHRM 9 december 1994, 16798/90 (*López Ostra/Spanje*); EHRM 19 februari 1998, 14967/89 (*Guerra e.a./Italië*); EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*).

31 EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*).

32 EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), § 69; EHRM 10 februari 2011, 30499/03 (*Dubetska e.a./Oekraïne*), § 105.

33 Het EHRM spreekt van 'knew or ought to have known'. Zie EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), § 101.

veau van kennis over de desbetreffende (dreigende) inbreuk dat aan de zijde van de (verdrags)staat geacht wordt aanwezig te zijn. Het EHRM stelt dit kennisniveau op impliciete of expliciete wijze vast. Bij een impliciete vaststelling vloeit (de vereiste) kennis over het bestaan van een bedreiging voort uit de aard van de activiteit. Zo overweegt het EHRM in *Öneryıldız/Turkije* dat het drijven van een afvalstoffeninrichting in een sloppenwijk naar zijn aard gevaarlijk is.³⁴ Reeds het uitvoeren of toestaan van de activiteit impliceert kennis over de gevaren van de activiteit. Bij een expliciete vaststelling wendt het EHRM verschillende bronnen aan waaruit kan worden opgemaakt dat de (verdrags)staat kennis had of behoorde te hebben van de bedreiging. Denk hierbij aan (de totstandkomingsgeschiedenis van) wet- en regelgeving³⁵, de resultaten van wetenschappelijk onderzoek³⁶, voorlichting door deskundigen³⁷, klachten/meldingen³⁸, documenten van internationale organisaties³⁹ en beslissingen van nationale rechterlijke instanties⁴⁰. Zo heeft het EHRM in *Brincat e.a./Malta*, een procedure tussen een werknemer en de Maltese staat, op basis van (1) (de voorbereidingen van) de ILO-conventie⁴¹ inzake het gebruik van asbest; (2) de beslissing van de nationale rechter in een asbestzaak; en (3) resultaten van wetenschappelijk onderzoek, vastgesteld dat de Maltese overheid op de hoogte was (of had moeten zijn) van het gevaar van asbest.⁴²

3.4 Het voorzorgsbeginsel als scharnierpunt

De vraag rijst of, en zo ja, onder welke omstandigheden een positieve verplichting kan bestaan, indien (wetenschappelijk) onzeker is of een bepaalde gedraging een bedreiging voor de door artikel 2 en/of 8 EVRM beschermde rechten en/of belangen met zich brengt. Hier komt het voorzorgsbeginsel in beeld. In *Tatar/Roemenië* heeft het EHRM dit beginsel expliciet als rechtsbeginsel erkend.⁴³ In deze zaak ging het om een ongeluk in een goudmijn waardoor grote hoeveelheden natriumcyanide en andere gevaarlijke stoffen in de lucht, de bodem en het water zijn gekomen. Na het ongeluk worden de activiteiten van de goudmijn voortgezet. Klagers stellen dat door deze activiteiten een verergering van gezondheidsklachten, waaronder astma, is opgetreden en dat er sprake is van een schending van artikel 8 EVRM. Voldoende overtuigend (statistisch) bewijs van een

verband tussen het continueren van de activiteiten en de (vermeende) specifieke gezondheidsklachten is echter niet voorhanden. Het EHRM overweegt dat ondanks de afwezigheid van bewijs van een causaal verband, het bestaan van een serieus en substantieel risico voor de gezondheid en het welzijn van klagers een positieve verplichting met zich brengt om redelijke en adequate maatregelen te nemen ter bescherming van het recht op privéleven en/of het recht op respect voor de woning.⁴⁴ Barkhuysen en Van Emmerik merken in hun noot in de *AB* onder dit arrest terecht op dat het Hof het voorzorgsbeginsel met name aanneemt om bewijsrechtelijke perikelen bij de vaststelling van een causaal verband tussen het continueren van de activiteiten van de goudmijn en de gezondheidsklachten van klagers te omzeilen.⁴⁵ Het lijkt erop dat het Hof als gevolg van het ongeluk en de daaropvolgende rapportages al de overtuiging heeft dat het voortzetten van de activiteiten van de goudmijn in het algemeen serieuze milieu- en gezondheidsrisico's met zich brengt.⁴⁶ Wij vragen ons af of we hier dan nog te maken hebben met een zuivere voorzorgsituatie. In zuivere situaties van voorzorg is het namelijk niet vast te stellen of uit te sluiten dat een gedraging een gevaar voor de gezondheid met zich brengt.⁴⁷

3.5 Tweesporenbenadering

Bij de invulling van een positieve verplichting zijn twee sporen te onderscheiden. Het eerste spoor dient te worden gevolgd bij risicovolle activiteiten die de dood ten gevolg (kunnen) hebben of ernstige gezondheidseffecten met zich (kunnen) brengen. Het tweede spoor is aan de orde bij gevallen van (milieu)vervuiling en/of overlast. Beide sporen worden hieronder nader uitgewerkt. Het verschil tussen beide sporen is ingegeven door de gevolgen die gepaard gaan met de maatstaf die het EHRM hanteert. In geval van risicovolle activiteiten kent het EHRM de (verdrags)staat weliswaar een bepaalde beoordelings- en beleidsvrijheid ('margin of appreciation') toe, maar toetst het Hof intensief en geeft het veelal duidelijk aan welke maatregelen de (verdrags)staat had kunnen en behoren te nemen.⁴⁸ Bij het tweede spoor worden positieve verplichtingen middels een *fairbalance-*

34 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), § 65 en 71.

35 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), § 58-59; EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (*Brincat e.a./Malta*), § 105.

36 EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (*Brincat e.a./Malta*), § 106.

37 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), § 97-101.

38 EHRM 5 juli 2007, 67021/01 (*Tatar/Roemenië*), § 46.

39 EHRM 19 februari 1998, 14967/89 (*Guerra e.a./Italië*), § 34.

40 EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (*Brincat e.a./Malta*), § 106.

41 Deze conventie is overigens niet door Malta geratificeerd.

42 EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (*Brincat e.a./Malta*), § 105-106.

43 EHRM 27 januari 2009, 67021/01 (*Tatar/Roemenië*), § 69 en 120. Het Hof haalt in zijn overwegingen onder andere principe 15 van de Verklaring van Rio de Janeiro inzake milieu en ontwikkeling, artikel 174 lid 2 EG-Verdrag (en daarop gebaseerde richtlijnen) en het gebruik van het voorzorgsbeginsel door het Hof van Justitie van de Europese Unie aan.

44 EHRM 27 januari 2009, 67021/01, *AB* 2009/285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik; *EHRM* 2009/40, m.nt. M. Peeters (*Tatar/Roemenië*), § 106-107. Zie ook T. Barkhuysen & F. Onrust, 'De betekenis van het voorzorgsbeginsel voor de Nederlandse (milieu)rechtspraak', in: M.N. Boeve e.a., *Kansen in het Omgevingsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. N.S.J. Koeman*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 62-64; E.H.P. Brans en K. Winterink, 'Onzekerheid en aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering. Welke rol speelt het voorzorgsbeginsel?', in: *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering? Preadvies van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, Den Haag 2012: Boom Juridische uitgevers, p. 128-129.

45 EHRM 27 januari 2009, 67021/01, *AB* 2009/285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Tatar/Roemenië*).

46 EHRM 27 januari 2009, 67021/01, *AB* 2009/285, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (*Tatar/Roemenië*).

47 Met andere woorden: in *Tatar/Roemenië* spitst het probleem zich toe op specifieke causaliteitsonzekerheid, terwijl voorzorg is gerelateerd aan generieke causaliteitsonzekerheid. Zie hierover A.Ch.H. Franken, 'Het voorzorgsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2010/25, p. 186-187.

48 Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*); EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*).

test vastgesteld en komt de staat een ruime beoordelings- en beleidsvrijheid ('margin of appreciation') toe.⁴⁹ Het Hof concludeert in dat geval ook minder snel dat de (verdrags)staat een positieve verplichting heeft geschonden.

3.6 Eerste spoor: positieve verplichtingen in geval van risicovolle activiteiten

3.6.1 Wettelijk en bestuurlijk kader

Vaste rechtspraak van het EHRM is dat de (verdrags)staat bij risicovolle activiteiten een wettelijk en bestuurlijk kader in het leven dient te roepen om bescherming te bieden tegen bedreigingen voor het leven of de gezondheid. Een dergelijk kader dient te zijn toegesneden op de bijzondere kenmerken van de activiteiten in kwestie en de daaruit voortvloeiende risico's. Het dient regelgeving te bevatten met betrekking tot onder meer de vergunningverlening voor, de start van, de werking van, de veiligheid van en het toezicht op de activiteiten. Ook moeten de relevante actoren worden verplicht om (praktische) maatregelen te nemen ter bescherming van burgers wiens door artikel 2 en 8 EVRM beschermde rechten bedreigd worden.⁵⁰ Dit zal doorgaans een verplichting met zich brengen om de industrie te reguleren. In *Vilnes e.a./Noorwegen* had de (verdrags)staat bijvoorbeeld stappen moeten ondernemen om te waarborgen dat de duikers van hun werkgever daadwerkelijk informatie kregen over de risico's die zij liepen tijdens hun werkzaamheden.⁵¹

3.6.2 Preventieve maatregelen

Naast de verplichting om te voorzien in een effectief wettelijk en bestuurlijk kader, is door het EHRM voor bepaalde situaties een verplichting voor de (verdrags)staat aangenomen om zelf (effectieve) 'practical measures' te nemen ter afwijding of beheersing van een risico. Bij de te nemen maatregelen kan gedacht worden aan het afgeven van waarschuwingen, het verstrekken van informatie of het nemen van risicobeheersingsmaatregelen. Voorbeelden van het laatste zijn het installeren van een gasonttrekkingssysteem⁵², het vrijhouden van een rivier van obstakels⁵³ en het op poten zetten van een waarschuwingssysteem⁵⁴. Daarnaast dient de (verdrags)staat de betrokkenen onder omstandigheden te informeren over de gevaren die met bepaalde activitei-

ten gepaard gaan.⁵⁵ Zo overweegt het EHRM in *Brincat e.a./Malta* dat Malta ten onrechte heeft nagelaten om de noodzakelijke informatie te verstrekken aan de werknemers van een scheepswerf die waren blootgesteld aan asbest.⁵⁶

Om te beoordelen of een (verdrags)staat verplicht is om praktische maatregelen te nemen, wordt door het EHRM bovenop de hiervoor in paragraaf 3.2 en 3.3 beschreven criteria het zogenaamde *Osman*-criterium gehanteerd.⁵⁷ Uit het *Osman*-criterium volgt ten eerste dat – wat wij noemen – concrete kennis over de dreigende inbreuk een bepalende rol speelt bij het vaststellen van een verplichting om preventieve maatregelen te nemen. Het gaat hier, naast kennis over het bestaan van een levensbedreigende of gezondheidsbedreigende situatie in het algemeen,⁵⁸ over kennis over het bestaan van een dergelijke bedreiging voor een identificeerbare groep personen in een concrete situatie.⁵⁹ Zo oordeelde het EHRM in *Öneryıldız/Turkije*, waarin het om een door een methaangasexplosie veroorzaakte aardverschuiving ging, dat het onmogelijk was dat de autoriteiten niet wisten dat de bewoners van een sloppenwijk ernstig werden bedreigd door de vrijkomende methaangassen onder de vuilnisbelt waarop zij woonden. Zij hadden namelijk de beschikking over een rapport dat eenduidig uitwees dat er voor deze specifieke groep bewoners een levensbedreigende situatie bestond.⁶⁰

Ten tweede dient de situatie een reëel en onmiddellijk risico te vormen voor het leven en/of de gezondheid van een of meer specifieke individuen.⁶¹ De term 'reëel risico' lijkt onzes inziens te slaan op de mate van waarschijnlijkheid dat de schade zich zal voordoen. De term 'onmiddellijk' lijkt betrekking te hebben op de mate van afwendbaarheid van het intreden van het risico. Uit de beschrijving van het *Osman*-criterium blijkt verder dat de mogelijke slachtoffers identificeerbaar moeten zijn alvorens een positieve verplichting om praktische maatregelen te nemen, aangenomen wordt. Waar het gaat om werknemers van (staats)bedrijven of omwonenden waarvoor de desbetreffende autoriteit verantwoordelijkheid draagt, zal naar verwachting al snel aan deze laatste eis worden voldaan.

49 Zie bijvoorbeeld EHRM 8 juli 2003, 36022/97 (*Hatton e.a./VK*); EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*).

50 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), § 90; EHRM 20 maart 2008, 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02 (*Budayeva e.a./Rusland*), § 129-132.

51 EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10 (*Vilnes e.a./Noorwegen*), § 242-244.

52 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), § 107.

53 EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05 (*Kolyadenko e.a./Rusland*), § 174-180 en 216.

54 EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05 (*Kolyadenko e.a./Rusland*), § 181 en 185.

55 Door Hendriks worden in zijn noot bij EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10, EHRC 2014, 45 (*Vilnes e.a./Noorwegen*) vraagtekens gezet bij de invloed van het verstrekken van informatie op het handelen van mensen. Zie in algemene zin over de (verwachte) effectiviteit van waarschuwingen S.B. Pape, *Warnings and product liability: lessons learned from cognitive psychology and ergonomics* (diss. Rotterdam), Den Haag: Eleven International Publishing 2011.

56 EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (*Brincat e.a./Malta*), § 112 e.v.

57 Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*). Hoewel het EHRM onder artikel 8 EVRM niet expliciet naar *Osman/VK* verwijst, zoekt hij bij risicovolle activiteiten die worden beoordeeld onder artikel 8 EVRM aansluiting bij standaardzaken als *Öneryıldız/Turkije* en *Budayeva e.a./Rusland*, waarin naar *Osman/VK* wordt verwezen. Zie bijvoorbeeld EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (*Brincat e.a./Malta*), § 82, 85 en 90.

58 Zie hierover paragraaf 3.3.

59 Vgl. EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), § 93 onder verwijzing naar EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), § 116.

60 EHRM 30 november 2004, 48939/99 (*Öneryıldız/Turkije*), § 97-101.

61 EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), § 116.

Indien aan de hiervoor beschreven voorwaarden is voldaan, dient de (verdrags)staat maatregelen te nemen die naar redelijke verwachting tot afwending van het risico leiden. Of dat het geval is, moet worden bepaald in het licht van alle omstandigheden van het geval. In ieder geval mag geen onmogelijke of disproportionele last op de schouders van de (verdrags)staat worden gelegd.⁶² Een informatieverplichting ontstaat bijvoorbeeld indien de informatie niet direct beschikbaar is voor de benadeelden en de informatie ook niet op een andere manier tot hen had kunnen komen.⁶³

Bij het invullen van een positieve verplichting tot het nemen van praktische maatregelen speelt de mate van betrokkenheid van de (verdrags)staat bij de gewraakte activiteit een belangrijke rol.⁶⁴ Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat in geval van een verregaande mate van nabijheid eerder verregaande(re) risicoreducerende maatregelen van de (verdrags)staat worden verwacht. Het EHRM heeft in *Brincat e.a./Malta*, waarin het ging om het werken met asbest op een scheepswerf die in handen van de Maltese staat was, bijvoorbeeld overwogen dat het verstrekken van alleen beschermende maskers onvoldoende is om het leven en de gezondheid van klagers te beschermen.⁶⁵ De ratio hierachter lijkt te zijn dat de (verdrags)staat als werkgever een hoog beschermingsniveau jegens zijn werknemers in acht dient te nemen. In situaties waarin sprake is van een weinig nauwe betrekking tussen de overheid en een gewraakte activiteit, zullen van haar andersoortige activiteiten worden verwacht. In de systematiek van het EHRM zal het dan veelal gaan om een andere positieve verplichting, namelijk het opnemen en afdwingen van een regelgevend kader op grond waarvan de primaire veroorzakers bepaalde preventieve maatregelen dienen te nemen.

3.7 Tweede spoor: positieve verplichtingen in geval van (milieu)vervuiling en/of overlast

In zaken waarin het gaat om (milieu)vervuiling en/of overlast – ons tweede spoor – hanteert het EHRM een *fairbalance*-test. Het Hof maakt dan een belangenafweging tussen enerzijds het belang van klager(s) om zoveel mogelijk te worden behoed voor de gevolgen van hinderlijke/belastende activiteiten voor het milieu en de omgeving, en anderzijds het economische en maatschappelijke belang dat gediend wordt met de desbetreffende activiteit. Bij de beoordeling of sprake is van een *fair balance* dient onder meer te worden gekeken naar de aan- of afwezigheid van een wettelijk en bestuurlijk kader. Het EHRM zal niet snel een schending aannemen indien er wet- en regelgeving aanwezig is. Een voorbeeld van een zaak waarin het EHRM de wet- en regelgeving beoordeelde, is *Zammit Maempel/Malta*. In deze zaak werd geklaagd over het tijdens dorps-

feesten afsteken van vuurwerk in de buurt van de woning van klagers. Het Hof overwoog dat de Maltese staat middels regelgeving voldoende bescherming had geboden.⁶⁶ Daarbij is in de ogen van het EHRM van belang dat voor het afsteken van vuurwerk een vergunning was vereist. Ook bevatte de regelgeving voorschriften voor het vervoer, het uitladen en het afsteken van vuurwerk.⁶⁷

Voorts is van belang of preventieve maatregelen zijn genomen. Een voorbeeld is *Fadeyeva/Rusland*, waarin het ging om gezondheidsklachten van omwonenden van een grote staalfabriek. Het EHRM gaat in deze procedure vrij specifiek in op de vraag welke preventieve maatregelen de autoriteiten hadden behoren te nemen. Het Hof constateert dat de autoriteiten ten onrechte niet gezocht hebben naar oplossingen in de vorm van het verlaten van de gevaarlijke zone. Ook hebben de autoriteiten geen effectieve maatregelen genomen om de vervuilende staalfabriek te beletten de vastgestelde milieunormen te overschrijden. Van een '*fair balance*' tussen de economische voordelen voor de Russische staat en de door artikel 8 EVRM beschermde belangen van klaagster is in deze procedure geen sprake.⁶⁸

4. Mogelijkheden en onduidelijkheden van het EVRM bij het vaststellen van een overheidsfalen

4.1 Introductie

In de komende paragraaf gaan we in op de betekenis van de rechtspraak van het EHRM voor het beoordelen van een vermeend falen van de Nederlandse overheid om te reageren op ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid. Daartoe bespreken we eerst drie algemene implicaties van de rechtspraak van het EHRM voor de beoordeling of sprake is van een overheidsfalen (paragraaf 4.2, 4.3 en 4.4). Vervolgens behandelen we voor de verschillende typen overheidsfalen, zoals geïdentificeerd in paragraaf 2.2, de betekenis van de rechtspraak van het EHRM voor de beoordeling of er sprake kan zijn van het desbetreffende type overheidsfalen. Er is ook nog een aantal onduidelijkheden. Deze onduidelijkheden worden eveneens geadresseerd (paragraaf 4.5).

4.2 Breed beschermingsbereik

Ten eerste is van belang dat vele bedreigingen, mits ernstig, voor de fysieke veiligheid onder het beschermingsbereik van artikel 2 en/of 8 EVRM vallen. Bij een duidelijke dreiging die gepaard gaat met gevaarlijke en/of industriële activiteiten – denk bijvoorbeeld aan de opslag van vuurwerk, het exploiteren van een kerncentrale of een chemiebedrijf – zijn deze bepalingen zonder meer van toepassing. Maar ook sluimerende en langetermijnrisico's, zoals risico's die

62 EHRM 28 oktober 1998, 23452/94 (*Osman/VK*), § 116.

63 EHRM 5 december 2013, 52806/09, 22703/10 (*Vilnes e.a./Noorwegen*), § 242-244.

64 Het gaat hier om, wat de Engelsen noemen, het *proximity*vereiste. C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: University Press 2013, p. 102 e.v. Zie voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en Zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 146.

65 EHRM 24 juli 2014, 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11, 62338/11 (*Brincat e.a./Malta*), § 112.

66 EHRM 22 november 2011, 24202/10 (*Zammit Maempel/Malta*), § 69.

67 EHRM 22 november 2011, 24202/10 (*Zammit Maempel/Malta*), § 69.

68 EHRM 9 juni 2005, 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*), § 133-134.

gepaard gaan met het gebruik van asbest⁶⁹ en tabak⁷⁰, vallen binnen het toepassingsbereik van het EVRM. Dat biedt perspectief voor bijvoorbeeld slachtoffers van chroom 6.⁷¹ In het kader van sluimerende en langetermijnrisico's, is echter onduidelijk vanaf welk moment artikel 2 en/of artikel 8 EVRM toepasselijk is/zijn. Is reeds de enkele mogelijkheid dat het leven of de gezondheid wordt bedreigd voldoende? Dat zou met zich brengen dat voor iedere mogelijke bedreiging voor het leven en/of de gezondheid een regelgevend kader moet worden gemaakt. Of dient de gedraging een bepaalde onaanvaardbaar geachte kansverhoging op de verwezenlijking van gevaren met zich te brengen, alvorens het EVRM van toepassing is? En indien dit het geval is, wanneer is een kansverhoging dan onaanvaardbaar? Het EHRM heeft deze vraag ten aanzien van de gevaren van asbest (*Brincat e.a./Malta*) en diepzeeduiken (*Vilnes e.a./Noorwegen*) kunnen ontwijken omdat in deze gevallen de bedreiging zich ook daadwerkelijk had gematerialiseerd.⁷²

4.3 Voorzorgsparadigma treedt op de voorgrond

De tweede algemene implicatie is dat de erkenning van het voorzorgsbeginsel als rechtsbeginsel onder artikel 8 EVRM van groot belang is. Er zijn tal van risicodossiers waarin weliswaar enige kennis van bedreiging(en) aanwezig is, maar waar de bestaande kennis en inzichten onvoldoende duidelijkheid verschaffen over de ernst, de aard, de omvang en/of de specifieke effecten (op de lange termijn) van de bedreiging(en). Gedacht kan worden aan mogelijke bedreigingen voor de gezondheid en het milieu van nanodeeltjes, aspecten van klimaatrisico's en mogelijke dreigingen die gepaard gaan met schaliesgaswinning. Door het voorzorgsbeginsel vallen dergelijke bedreigingen onder het beschermingsbereik van het EVRM. Terugkoppeland naar de visies op overheidsfalen die zijn besproken in paragraaf 2.1 kan worden gesteld dat ten aanzien van dergelijke bedreigingen op grond van het EVRM een voorzorgachtige benadering is vereist.

De erkenning van het voorzorgsbeginsel doet tegelijkertijd vragen rijzen ten aanzien van de benodigde mate van wetenschappelijke zekerheid over het bestaan van een bedreiging in relatie tot de inhoud van een positieve verplichting. Het EHRM legt in *Tatar/Roemenië* de nadruk op, wat genoemd kan worden, het negatieve element van het voorzorgsbeginsel. Dit negatieve element geeft aan dat onzekerheid niet zonder meer een geldige reden voor stilzitten is. Het voorzorgsbeginsel heeft daarnaast ook een positief

element. Dit element geeft aan hoe gehandeld dient te worden in situaties van onzekere bedreigingen. Denk hierbij aan het doen van onderzoek of het nemen van risicoreducerende voorzorgsmaatregelen. Het is de vraag hoe het EHRM dit positieve element inkleurt. Hoeveel zekerheid over het bestaan van een bedreiging dient er te zijn alvorens voorzorgsmaatregelen genomen moeten worden?⁷³ En welke voorzorgsmaatregelen moeten dan worden genomen? Een probleem is dat in de gevallen waarop het voorzorgsbeginsel van toepassing is, er doorgaans wetenschappelijke onzekerheid bestaat over de mate van risicoreductie die behaald kan worden met een specifieke voorzorgsmaatregel. De vraag is dan onder welke omstandigheden een overheid verplicht is bepaalde voorzorgsmaatregelen te nemen, indien niet vast is te stellen dat deze tot een bepaald resultaat leiden.

4.4 Een proactief kennismanagement

Met betrekking tot het kennisvereiste (zoals besproken in paragraaf 3.3) kan worden gesteld dat dit een proactief kennismanagement lijkt te impliceren. Dit betekent dat de (verdrags)staat door middel van het uitzetten van (wetenschappelijk) onderzoek, het maken van *impact assessments* en het bijhouden van kennisontwikkeling, kennis en inzichten over (mogelijke) bedreigingen dient te genereren en in kaart te brengen. In het kader van bijvoorbeeld nanotechnologie voert de overheid al een dergelijk proactief kennismanagement. De Nederlandse overheid streeft er bijvoorbeeld naar om 15% van het budget dat beschikbaar is voor de ontwikkeling van nanotechnologie, uit te geven aan onderzoek naar mogelijke risico's.⁷⁴ Op basis van de gegenereerde kennis en inzichten kan vervolgens worden bepaald of, en zo ja welke, acties in de vorm van bijvoorbeeld wetgeving of preventieve maatregelen nodig zijn.

4.5 Mogelijkheden EVRM bij typen overheidsfalen

Het EVRM heeft ook implicaties voor de mogelijkheden om vast te stellen dat één van de in paragraaf 2.2 geïdentificeerde typen van overheidsfalen zich aandient. De mogelijkheden daartoe en de hiermee gepaard gaande vervolgvragen komen hieronder aan de orde.

Indien er in het geheel geen regelgeving is waarin de rechten en verplichtingen van de betrokken actoren ten aanzien van ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid die onder het toepassingsbereik van artikel 2 en/of 8 EVRM vallen, zijn neergelegd, is er sprake van een regelgevingsfalen. Dat is helder. De problemen doen zich voor in het geval er wel regelgeving is, maar onduidelijk is of deze van toepassing is, en zo ja, of het geboden beschermingsniveau voldoende is. Zo is er zowel in de context van nanotechnologie als scha-

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

70 EHRM 2 december 2004, 77360/01 (*Botti/Italië*). Het EHRM zal niet snel concluderen dat de (verdrags)staat zijn plicht om een wettelijk kader in te voeren heeft geschonden. Mogelijk doet de Nederlandse overheid dus al voldoende door een rookverbod uit te vaardigen en de tabaksindustrie te verplichten om te waarschuwen tegen de gevaren van roken.

71 Volgens Barkhuysen en Van Emmerik kan het EVRM ook aan de orde zijn op het gebied van de voedselveiligheid; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, annotatie bij: EHRM 27 januari 2009, 67021/01, AB 2009/285.

72 Vgl. in dit verband ook paragraaf 2.1. Daar is betoogd dat in dergelijke gevallen het vaststellen van een overheidsfalen gemakkelijker is dan in de gevallen waarin er nog substantiële wetenschappelijke onzekerheden zijn over het bestaan van een bedreiging.

73 Vgl. de annotatie van M. Peeters bij EHRM 27 januari 2009, 67021/01, EHRC 2009/40 (*Tatar/Roemenië*); E.H.P. Brans en K. Winterink, 'Onzekerheid en aansprakelijkheid voor schade door klimaatverandering. Welke rol speelt het voorzorgsbeginsel?', in: *Naar aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering? Preadvis van de subwerkgroep aansprakelijkheid voor (de gevolgen van) klimaatverandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2012, p. 128.

74 *Kamerstukken II 2010/11, 29338, 100, p. 7.*

liegaswinning discussie over de toepasselijkheid en adequaatheid van het huidige regelgevende kader. Het EVRM biedt als gevolg van de open geformuleerde verplichtingen onvoldoende handvatten om greep te krijgen op deze discussie. Onduidelijk is ook binnen welk tijdsbestek een regelgevend kader dient te worden opgesteld wanneer de overheid bekend is of behoort te zijn met het bestaan van een bedreiging. Bekend is dat het opstellen van (inter)nationale regelgeving voor bedreigingen voor de fysieke veiligheid niet van de een op andere dag plaatsvindt. Verschillende factoren kunnen een wetgevingsproces vertragen, waaronder wetenschappelijke onzekerheden, langdurige (inter)nationale onderhandelingen, een gebrek aan kennis en specialisme aan de zijde van de regelgever, de invloed van lobbygroepen en economische belangen. Of, en, zo ja, op welke wijze door het EHRM rekening wordt gehouden met deze factoren, is onbekend.

Ten aanzien van een beleidsfalen geldt dat wanneer onvoldoende beleidsinstrumenten worden gehanteerd, dit in de ogen van het EHRM een falen om een effectief wettelijk en bestuurlijk kader in te voeren kan opleveren. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer ten onrechte geen stedenbouwkundig beleid is opgesteld om te beschermen tegen overstromingen.⁷⁵ Wanneer beleid ter beoordeling voorligt dat erop is gericht om het bedrijfsleven aan te zetten op een bepaalde manier te reageren op (onzekere) bedreigingen, doen zich twee potentiële problemen voor. Een eerste probleem dient zich aan met betrekking tot het beschermingsniveau dat behaald kan worden met bepaalde beleidsinstrumenten. Met name wanneer de overheid inzet op zelfregulering door de sector,⁷⁶ kunnen zorgen ontstaan of daarmee het wenselijke en/of hoogst haalbare beschermingsniveau wordt behaald.⁷⁷ Een tweede probleem is gerelateerd aan de verwachte effectiviteit van zachte beleidsinstrumenten. Een punt van kritiek in de context van nanotechnologie is dat, mede vanwege een gebrek aan incentives die tot naleving dwingen, er een grote(re) kans is op *non-compliance*.⁷⁸ Dit brengt de mogelijkheid met zich dat er weliswaar op papier adequaat beleid wordt gevoerd, maar dat dit in de praktijk niet het geval is. Daar komt bij dat er doorgaans weinig gegevens beschikbaar zijn over de effectiviteit van zachte beleidsinstrumenten en over de mate waarin deze instrumenten worden nageleefd.⁷⁹ Het Hof eist dat, zowel beleid als regelgeving, effectief dient te zijn in het voorkomen van schendingen van artikel 2 en/of 8 EVRM. Dit roept de vraag op wanneer de staat regulerende taken meer naar zich toe zou moeten trekken, bijvoorbeeld door meer toe te zien op

de naleving van het desbetreffende beleidsinstrument of door zelf regels op te stellen (in plaats van het opstellen van regelgeving over te laten aan de industrie).

Voor de vaststelling of er sprake is van een falen om feitelijke maatregelen te nemen om de bedreigingen voor de fysieke veiligheid tot een aanvaardbaar niveau terug te brengen, geeft het EHRM ten aanzien van risicovolle activiteiten duidelijke aanknopingspunten. Indien de (verdrags) staat kennis heeft of behoort te hebben van een reëel en onmiddellijk risico voor het leven en/of de gezondheid van een of meer specifieke individuen, moet de overheid preventieve maatregelen nemen. Gedacht kan worden aan het preventief toekomstbestendig versterken van woningen in Groningen⁸⁰ of het nemen van adaptatiemaatregelen met het oog op de mogelijke gevolgen van klimaatverandering⁸¹. In situaties van verregaande mate van nabijheid, zoals de situatie bij chroom 6 waarin de Staat in zijn hoedanigheid van werkgever door een werknemer wordt aangesproken, dient de Staat verregaande(re) risicoreducerende maatregelen te nemen. Dat ligt anders indien de overheid niet direct is betrokken bij de gewraakte activiteit. Een soortgelijke overweging treft men aan in een vonnis van de Rechtbank Den Haag, wanneer zij in de asbestprocedure tegen de Staat onzes inziens terecht overweegt dat niet van de Staat kan worden verwacht dat hij bij elke werkgever die in Nederland met asbest werkte, onderzoekt in welke mate de werknemers van een specifiek bedrijf aan het gevaar van asbest in de vorm van mesothelioom werden blootgesteld.⁸² In gevallen waarin de nabijheid ontbreekt, ligt het eerder voor de hand om van de Staat te eisen om via wettelijke regels of beleidsinstrumenten werkgevers aan te zetten om onderzoek uit te voeren naar of en in welke mate werknemers aan het gevaar van asbest in de vorm van mesothelioom worden blootgesteld.

Tot slot heeft het EHRM zich in de door ons beschreven rechtspraak niet expliciet uitgelaten over de vraag wanneer zich een handavings- en toezichtsfalen kan voordoen. Impliciet zijn er wel aanknopingspunten te vinden. Ten eerste lijkt uit het kennisvereiste en de daaruit voortvloeiende eis van proactief kennismanagement,⁸³ de eis van een algemeen toezicht op de naleving van opgestelde normen gesticuleerd te kunnen worden. Een onderdeel van het proactieve kennismanagement kan zijn dat de Staat in kaart dient te brengen waar zich mogelijkwijd bedreigingen voordoen als gevolg van het niet-naleven van de gestelde normen. Denk hierbij aan het oprichten van een inspectie (met voldoende bevoegdheden en slagkracht) die toeziet op de naleving van bijvoorbeeld arbo-wetgeving of de Mijnbouwwet. Ten tweede lijkt ook de eis van het Hof dat het wet-

75 Zie bijvoorbeeld EHRM 28 februari 2012, 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05 (*Kolyadenko e.a./Rusland*), § 172.

76 Zoals besproken in paragraaf 2.2 kan de overheid het bedrijfsleven aanzetten tot zelfregulering door hen daartoe via meer informele kanalen uit te nodigen of door hen wettelijk te verplichten.

77 I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Kluwer: Deventer 2007, p. 36-38; D.M. Bowman & G.A. Hodge, 'Counting on codes: An examination of transnational codes as a regulatory governance mechanism for nanotechnology', *Regulation & Governance* (3) 2009, p. 147.

78 T.F. Malloy, 'Nanotechnology Regulation: A Study in Claims Making', *Journal of Scholarly Perspectives* (7) 2011, p. 31 en 34.

79 Vgl. M.W. Scheltema, *Effectiviteit van privaatrechtelijke regulering: is dat meetbaar?* (oratie Rotterdam), 2012, p. 4 e.v.

80 E.C. Gijsselaar, R. Rijnhout & J.M. Emaus, 'Gasboringen in Groningen en de aansprakelijkheid van de NAM', *AA* 2014, p. 801-813 en P. Bleumink, 'Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade, Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor bevestigsschade in Groningen', *AV&S* 2015/7.

81 Zie H.K. Gilissen, *Adaptatie aan klimaatverandering in het Nederlandse waterbeheer* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2013, p. 53-55.

82 Rb. Den Haag 5 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13593, r.o. 4.18. De rechtbank koppelt deze overwegingen overigens niet expliciet aan het EVRM.

83 Zie hiervoor paragraaf 4.3.

telijk en bestuurlijk kader (naar verwachting) effectief dient te zijn, een toezicht- en handhavingsverplichting te impliceren.⁸⁴ Een gebrek aan algemene controle op de naleving van regels, kan immers van invloed zijn op de mate waarin de regels worden nageleefd. Tot slot kan een concreet toezichtsfalen worden geconstrueerd via de band van een falen om feitelijke maatregelen te nemen. De overheid dient handhavend op te treden wanneer deze weet of behoort te weten dat als gevolg van het niet-naleven van de toepasselijke regelgeving door de industrie, een identificeerbare groep personen een reëel en onmiddellijk risico loopt. Het nalaten van optreden tegen deze gebleken gebreken kan een falen om feitelijke maatregelen te nemen zijn.

5. Conclusie

Ondanks de casuïstische benadering van het EHRM komen er in onze ogen duidelijk algemene lijnen en richtsnoeren uit zijn rechtspraak naar voren die relevant zijn bij de vaststelling of er sprake is van een overheidsfalen bij ernstige bedreigingen voor de fysieke veiligheid. Uit de rechtspraak blijkt dat het EHRM uitgaat van een breed beschermingsbereik van artikel 2 en artikel 8 EVRM en positieve verplichtingen zijn inmiddels voor verschillende bedreigingen voor de fysieke veiligheid aangenomen. Door de erkenning van het voorzorgsbeginsel als rechtsbeginsel onder het EVRM zijn positieve verplichtingen bovendien relevant voor de beoordeling van een overheidsfalen bij onzekere bedreigingen. Een voorwaarde voor het bestaan van een positieve verplichting is dat de overheid kennis heeft of behoort te hebben van een (dreigende) inbreuk. Dit brengt met zich dat de Staat proactief kennis moet vergaren over (dreigende) inbreuken op artikel 2 en artikel 8 EVRM.

Om verdere structuur aan te brengen in de rechtspraak van het EHRM hebben wij een onderscheid gemaakt tussen verschillende typen van overheidsfalen: regelgevingsfalen, beleidsfalen, falen om feitelijke maatregelen te nemen en handhavings- en toezichtsfalen. Voor het vaststellen van elk type overheidsfalen zijn verschillende positieve verplichtingen van belang. Zo zijn de positieve verplichtingen om een wettelijk en juridisch kader aan te nemen en om preventieve maatregelen te nemen van belang voor het vaststellen van een reguleringsfalen, een beleidsfalen en een falen om preventieve maatregelen te nemen. De eis van het Hof dat het wettelijk en bestuurlijk kader effectief moet zijn is van belang bij het beoordelen van een toezichts- en handhavingsfalen. Eveneens kan uit de eis van een proactief kennismanagement een verplichting tot het houden van algemeen toezicht worden afgeleid. Een concreet toezichtsfalen kan worden geconstrueerd via de band van een falen om feitelijke maatregelen te nemen.

Wanneer de rechter in een procedure waarin het gaat om de vraag of een overheidsfalen bij ernstige bedreigingen

voor de fysieke veiligheid heeft voorgedaan, geconfronteerd wordt met een beroep op een positieve verplichting die uit het EVRM voortvloeit, verdient het aanbeveling om aansluiting te zoeken bij de door ons onderscheiden typologieën. Op die wijze kan de rol van het EHRM in de procedure duidelijker worden vastgesteld en kan de rechter beziën of een verwisseling van de Nederlandse naar de Straatsburgse bril noodzakelijk is. Dat laatste wint momenteel aan belang omdat justitiabelen zich in toenemende mate tot de rechter lijken te wenden om de overheid aan te spreken op een vermeend falen.

⁸⁴ In geval van geluidsoverlast is door het EHRM onder omstandigheden expliciet een handhavingsverplichting aangenomen. Zie EHRM 16 november 2004, 4143/02 (*Moreno Gómez/Spanje*), § 61-62; EHRM 20 mei 2010, 61260/08 (*Oluić/Kroatië*), § 63 e.v.; EHRM 25 november 2010, 43449/02 en 21475/04 (*Mileva e.a./Bulgarije*), § 99.