

Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging

143e jaargang/2013-I

Immunititeiten

Het recht opzijgezel?

Preadviezen van

R.J.B. Schutgens

A.J. Verheij

E. van Sliedregt

N.J. Schrijver

Ontwerp omslag: Corps Ontwerpers, Den Haag

© R.J.B. Schutgens, A.J. Verheij, E. van Sliedregt, N.J. Schrijver

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

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

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

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

ISBN 978-90-13-11653-3

NUR 820-102



Roel Schutgens (1978) doorliep het gymnasium aan het Bernardinuscollege in Heerlen en studeerde Nederlands Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Van 2004 tot 2009 was hij als promovendus verbonden aan de Nijmeegse sectie staatsrecht. In 2009 promoveerde hij cum laude op *Onrechtmatige wetgeving*, een proefschrift over de mogelijkheden om bij de burgerlijke rechter te procederen terzake van onverbindende regelgeving. In datzelfde jaar werd hij hoofddocent Inleiding tot de rechtswetenschap aan dezelfde universiteit; in 2010 volgde zijn benoeming tot hoogleraar Algemene rechtswetenschap. Zijn onderzoek is gericht op de onrechtmatige overheidsdaad, op wetgevings- en toetsingsvraagstukken en op het constitutionele recht in het algemeen.



Albert Verheij (1972) studeerde rechten aan de Vrije Universiteit waar hij in 2002 cum laude promoveerde op een rechtsvergelijkend proefschrift over vergoeding van immateriële schade. Nadien is hij werkzaam geweest als universitair hoofddocent aan de Universiteit van Tilburg en als advocaat bij Stibbe in Amsterdam. Sinds augustus 2010 is hij hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Albert Verheij is tevens raadsheer-plaatsvervanger bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.



Elies van Sliedregt (1971) is sinds 2007 werkzaam bij de VU als hoogleraar straf(proces)recht, in het bijzonder het internationaal strafrecht. Per 1 september 2011 is zij decaan van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de VU. Ze werkte tot 2007 als UHD bij de Universiteit Leiden en daarvoor als UD bij de Universiteit Utrecht. Ze promoveerde in 2003 bij de Universiteit van Tilburg op een proefschrift getiteld 'The Criminal Responsibility

of Individuals for Violations of International Humanitarian Law' dat werd bekroond met de Moddermanprijs in 2006 en met de J.C. Ruyschrock prijs in 2008.



Nico Schrijver (1954) studeerde Nederlands recht in Groningen, alwaar hij ook promoveerde. Sinds 2005 is hij hoogleraar Internationaal Publiekrecht en wetenschappelijk directeur van het Grotius Centre for International Legal Studies, Universiteit Leiden. Eerder was hij hoogleraar Volkenrecht aan de VU en universitair (hoofd)docent aan het Institute of Social Studies en de RUG. Begin jaren '90 was hij werkzaam bij de

Juridische Dienst van de VN, i.h.b. de Veiligheidsraad. Schrijver is ook lid van de Eerste Kamer, het VN-verdragscomité economische, sociale en culturele mensenrechten, het Permanente Hof van Arbitrage, de KNAW (voorzitter Sectie Rechtswetenschappen) en *membre associé* van het *Institut de droit international*. Gedurende 2010-2012 fungeerde hij als president van de wereldwijde International Law Association, terwijl hij van 2003-2011 voorzitter was van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht. Schrijver heeft ruime ervaring als juridisch raadsman in internationale geschillenbeslechtsprocedures en verscheen voor het Internationaal Gerechtshof, het Internationaal Tribunaal voor het Recht van de Zee en gespecialiseerde tribunaal op het terrein van internationaal investeringsrecht.

Inhoud

<i>Voorwoord</i>	1
<i>R.J.B. Schutgens</i>	
Parlementaire immuniteit	5
<i>A.J. Verheij</i>	
Immunities in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?	63
<i>E. van Sliedregt</i>	
Immunitéit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?	143
<i>N.J. Schrijver</i>	
Srebrenica voorbij. De volkenrechtelijke immuniteit van de VN	211

Voorwoord

Wie een willekeurig persoon naar de betekenis van het begrip immuniteit vraagt, zal meestal als antwoord krijgen het niet-vatbaar zijn voor ziekte of vergif. Juristen zullen wellicht nog wijzen op bijvoorbeeld de immuniteit van een kroongetuige bij rechtsvervolging. Voor u ligt een bundel met vier preadviezen over het onderwerp immuniteit die andere dimensies van het rechtsbegrip immuniteit behandelen, elk vanuit een eigen invalshoek en met een eigen benadering. Bij lezing wordt duidelijk dat parlementaire immuniteit iets heel anders is dan strafrechtelijke immuniteit is en dat internationaal publiekrechtelijke immuniteit niet gelijk is aan immuniteit onder het privaatrecht (in het BW komt het woord overigens niet voor!). Om enig inzicht te geven in het begrip immuniteit schetst dit voorwoord kort enige overeenkomsten tussen verschillende vormen daarvan en beoogt het aldus aanknopingspunten te bieden voor een goed begrip van de diverse soorten immuniteit.

Allereerst de omschrijving van het begrip immuniteit. Wanneer een rechtssubject immuniteit geniet, is tegenover dit individu geen handhaving of afdwinging van bepaalde rechtsregels mogelijk door een rechter of handhavende autoriteit. Vaststelling van immuniteit gaat altijd vooraf aan de inhoudelijke behandeling van een zaak, en is dus een preliminair verweer. Immuniteit creëert een uitzonderingspositie voor het desbetreffende rechtssubject. Daarmee komt zij al gauw op gespannen voet te staan met andere rechtsbeginselen, waaronder gelijke behandeling en toegang tot de rechter. In diverse rechtsgebieden is dan ook in toenemende mate ongemak, zo niet weerstand waar te nemen tegen het verlenen van immuniteit wanneer fundamentele normen zijn geschonden. Vanwege dit ongemak over immuniteit en de wens paal en perk te stellen aan sommige laakbare gedragingen, kan immuniteit opgeheven worden door bepaalde daartoe bevoegde instanties of zijn alternatieve rechtsmiddelen of interne controlemechanismen aanwezig.

Er kunnen diverse criteria worden gebruikt om verschillende soorten immuniteit te onderscheiden. Deze criteria zijn in de verschillende rechtsgebieden terug te vinden, zij het onder wisselende benamingen. Daartoe behoren:

Afwijkende regels versus onmogelijkheid van handhaving/afdwinging

Allereerst is er onderscheid te maken naar de achtergrond en de reden om aan een bepaald rechtssubject een uitzonderingspositie toe te kennen. Be-

staat deze uit algehele vrijstelling van bepaalde regels en rechtsplichten of uit het feit dat het subject wel is onderworpen aan dezelfde regels en verplichtingen maar dat de handhaving daarvan jegens hem niet mogelijk is? In sommige rechtsgebieden wordt dit onderscheid ook wel aangeduid als privileges versus immuniteiten.

Onschendbaarheid versus immuniteit van jurisdictie

Samenhangend met het onderscheid hierboven, is er verschil tussen onschendbaarheid en immuniteit van jurisdictie. In het eerste geval is het subject gevrijwaard van elke uitoefening van staatsmacht, in het tweede geval bestaat slechts immuniteit voor gerechtelijke procedures.

Immuniteit op basis van de aard van het rechtssubject versus functionele immuniteit

Immuniteit kan gebaseerd zijn op de soevereine aard van het rechtssubject, bijvoorbeeld in geval van staten en staatshoofden. Traditioneel spreken we dan over absolute of persoonlijke immuniteit. Daarnaast kan immuniteit ook worden toegekend voor een specifiek doel (functionele immuniteit). Minder van belang is dan de specifieke persoon of instantie die de functie uitoefent, maar veeleer het speciale karakter van de functie.

Immuniteit voor alle gedragingen versus immuniteit voor een beperkte categorie gedragingen

Er kan onderscheid worden gemaakt tussen immuniteit verstrekt voor al het handelen en nalaten van het rechtssubject en voor beperkte categorieën gedragingen, bijvoorbeeld officiële handelingen in het kader van de uitoefening van een bepaalde functie.

Wettelijke basis versus praktijk/gewoonterecht

Daarnaast kan immuniteit onderscheiden worden naar de rechtsbron voor het bestaan van immuniteit. De immuniteit kan verankerd zijn in wetten en verdragen. Daarnaast kan immuniteit ook gebaseerd zijn op gewoonterecht. In het laatste geval bestaat er minder rechtszekerheid en zal de aard en de reikwijdte van de immuniteit eerder ter discussie staan.

Immuniteit voor het leven versus tijdelijke immuniteit

Voor bepaalde gedragingen, bijvoorbeeld van een staatshoofd of regeringsleider, kan immuniteit voor het leven bestaan. Andere immuniteiten hangen zo sterk samen met de uitoefening van specifieke functies, dat geen beroep op immuniteit kan worden gedaan na afloop van de ambtsperiode. Het is dan afhankelijk van de omstandigheden of het rechtssubject alsnog kan worden vervolgd en berecht voor vermeende laakbare handelingen waarvoor eerder immuniteit kon worden ingeroepen.

Algehele immuniteit versus beperkte immuniteit

Relevant is de vraag of een rechtssubject algehele immuniteit geniet en derhalve in het geheel niet aansprakelijk is voor bepaalde gedragingen of beperkte immuniteit geniet, d.w.z. aansprakelijk is bijvoorbeeld tot een bepaald bedrag of uitsluitend immuniteit geniet indien geen sprake is van opzet.

Verankerde immuniteit versus feitelijke immuniteit

Tegenover specifiek toegekende normatieve immuniteit staat feitelijke immuniteit. Een rechtssubject kan feitelijk immuun zijn doordat het praktisch onmogelijk blijkt het in rechte aan te spreken. Strikt gezien valt dit buiten het traditionele begrip van immuniteit.

Deze bundel bevat vier preadviezen. Roel Schutgens neemt de parlementaire immuniteit onder de loep en wikt de voors en tegens van uitbreiding en beperking. Albert Verheij speurt naar de immuniteiten in het burgerlijk recht en onderzoekt of deze te handhaven zijn of aanpassing behoeven. Elies van Sliedrecht gaat vanuit strafrechtelijk perspectief in op de immuniteit van de Staat en peilt de houdbaarheid daarvan. Nico Schrijver richt zich op de volkenrechtelijke immuniteit van de Verenigde Naties in het internationale rechtsverkeer en de Nederlandse rechtspraak daarover en draagt ideeën aan voor alternatieve rechtswegen.

De preadviseurs

Parlementaire immuniteit

R.J.B. Schutgens*

Inhoudsopgave

I.	Parlementaire immuniteit naar geldend recht	9
I.1	Twee grondvormen van immuniteit	9
	<i>a. parlementaire niet-aansprakelijkheid</i>	10
	<i>b. parlementaire onschendbaarheid</i>	12
	<i>c. conclusie</i>	15
I.2	De parlementaire immuniteit in Nederland	15
	<i>a. immuniteitsgerechtigde personen</i>	15
	<i>b. door immuniteit gedekte gedragingen</i>	18
	<i>c. situaties waarin de immuniteit van toepassing is</i>	19
	<i>d. sancties waartegen de immuniteit beschermt</i>	21
I.3	Het Internationaal Strafhof	22
I.4	Parlementaire immuniteit en het EVRM	24
	<i>a. wanneer raakt de parlementaire immuniteit aan art. 6 EVRM?</i>	24
	<i>b. immuniteit voor binnenparlementaire uitspraken en art. 6 EVRM</i>	26
	<i>c. immuniteit voor buitenparlementaire uitspraken en art. 6 EVRM</i>	27
	<i>d. parlementaire onschendbaarheid en art. 6 EVRM</i>	30
II.	Doelen van parlementaire immuniteit	32
II.1	Een onbevreesd debat in het parlement	32
II.2	De scheiding der machten	34
	<i>a. bescherming tegen de rechter</i>	34
	<i>b. bescherming van de rechter</i>	34
	<i>c. bescherming van de volksvertegenwoordiger tegen de executieve</i>	35

* Hoogleraar algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Graag dank ik de NJV-voorbereidingscommissie alsmede mijn goede collega's Joost Sillen en Hans Broeksteeg voor hun waardevolle suggesties bij de totstandkoming van dit preadvies.

III.	De vruchten van de parlementaire immuniteit: voorstellen tot uitbreiding	37
III.1	Uitbreiding van het toepassingsgebied van de parlementaire immuniteit	37
III.2	Uitstralende werking voor de parlementaire immuniteit	42
III.3	Bescherming tegen buitengerechtelijke sancties	44
IV.	De prijs van de parlementaire immuniteit: voorstellen tot beperking	47
IV.1	Geen immuniteit bij ernstige uitingsdelicten	47
IV.2	Beperking van immuniteit bij schending van een geheimhoudingsplicht	50
V.	Égalité-aansprakelijkheid voor het parlementaire debat	53
V.1	Toetsing aan de doelen van de parlementaire immuniteit	55
V.2	Voordelen	56
V.3	Constructie van een afgeleide overheidsaansprakelijkheid	57
VI.	Slot	58
	<i>Literatuur</i>	59

Parlementaire immuniteit

Op 4 januari 1642 zijn de leden van het Engelse Lagerhuis getuige van een opmerkelijk tafereel.

Nadat koning Charles I vanaf 1629 elf jaar als verlicht despoot over zijn land heeft geregeerd, ziet hij zich in 1640 genoodzaakt het parlement weer bijeen te roepen. Een kostbare militaire campagne heeft de schatkist uitgeput, en het instellen van nieuwe belastingen is een van de weinige besluiten waarvoor hij parlementaire goedkeuring moet vragen. In plaats van die te verlenen, vaardigt het nieuw bijeenroepen parlement echter de *Grand Remonstrance* uit, een verklaring waarin het eist dat de koning voortaan uitsluitend ministers benoemt die het vertrouwen van het parlement genieten en waarin wordt aangedrongen op religieuze vernieuwingen.¹ Pas als deze eisen zijn ingewilligd, zal het parlement akkoord gaan met nieuwe belastingen. Als Charles vervolgens (valse) geruchten bereiken, dat de vijf indianers van de *Grand Remonstrance* met de Schotten tegen hem samenzweren, besluit hij dat het tijd wordt hen wegens hoogverraad te laten berechten.² Hij laat zijn persoonlijke lijfwacht aantreden en terwijl zijn vrouw hem nog naroept dat hij haar niet meer onder ogen hoeft te komen als hij de schurken niet aan hun oren naar buiten trekt, gaat hij aan het hoofd van een kleine 500 man op weg naar *Westminster Palace*. De verblufte portiers bieden daar geen weerstand en zo beent Zijne Majesteit ongehinderd de vergaderzaal van de *Commons* binnen, op dat moment in volle vergadering. Hij elleboogt de *Speaker* opzij, ploft in de voorzittersstoel en eist de uitlevering van zijn tegenstanders.

Mr Speaker knielt, maar houdt zijn rug recht en antwoordt:

I have neither eyes to see, nor tongue to speak in this place, but as this House is pleased to direct me, whose servant I am here; and humbly beg Your Majesty's pardon, that I cannot give any other answer than this to what Your Majesty is pleased to demand of me.³

Verrassend genoeg laat Charles zich door dit antwoord afbluffen. Hij kijkt om zich heen, constateert dat 'the birds have flown' en verlaat met zijn hele gevolg het parlement.⁴

1. Wingfield-Stratford 1949, p. 274 e.v.

2. Gregg 1981, p. 343.

3. Idem.

4. Zie Gregg 1981, p. 342-344; Waalwijk 1968, p. 20-22; Wingfield-Stratford 1949, p. 274-279. Charles had overigens een dag eerder al om uitlevering laten vragen; de vijf betrokkenen waren toen ondergedoken.

Deze ook in 17^e-eeuwse ogen tamelijk onthutsende gebeurtenis wordt hier om twee redenen vermeld.

Hoewel het koninklijk machtsvertoon in dit geval met een sissier afliep, illustreert het wel dat de vorst in het verleden een reële bedreiging voor parlementariërs kon vormen. Om een volwaardige volksvertegenwoordiging te worden, trokken de zich ontwikkelende Europese parlementen in de loop van de voorbije eeuwen steeds meer bevoegdheden naar zich toe die voorheen aan de koning toebehoorden; ten aanzien van de wijze waarop de vorst zijn resterende bevoegdheden uitoefende, waagden zij zich in toenevende mate aan kritiek. Tegelijkertijd hield diezelfde vorst – zelden enthousiast over deze ontwikkelingen – leger, politie, justitie en vaak ook de rechterlijke macht nog lange tijd stevig in zijn greep. Bij deze stand van zaken is het begrijpelijk dat de prille constitutionele documenten uit de 17^e en 18^e eeuw aan parlementariërs vaak vergaande vormen van immuniteit garandeerden.⁵

Ten tweede zet deze historische gebeurtenis aan het denken over de vraag, hoe reëel in moderne rechtsstaten het gevaar nog is waartegen de parlementaire immuniteit van oudsher beschermde, en of er voor het bestaan van dit instituut nog voldoende zwaarwegende argumenten zijn. Een rechtsstaat betaalt voor de handhaving van immuniteiten immers een hoge prijs. Immuniteit, in welke vorm dan ook, is een categorische blokkade om een persoon of instelling voor de rechter te dagen en zij vormt dus altijd een aanzienlijke beperking van de toegang tot de rechter. Hoewel wereldwijd haast alle landen enige vorm van parlementaire immuniteit kennen,⁶ lijkt – in ieder geval binnen de Raad van Europa – de laatste jaren dan ook een tendens waarneembaar waarbij deze immuniteit geleidelijk wat wordt teruggesnoeid.⁷

In dit preadvies worden de vruchten en de lasten van de parlementaire immuniteit in een moderne rechtsstaat onder de loep genomen. Daartoe

5. Zie Elzinga 1990, p. 117-119. Snel na de aanvaring met Charles verklaart het Lagerhuis dat de koning het 'parliamentary privilege' moet respecteren en dat hij de vergaderzaal niet mag betreden. Er schijnt nooit meer een Britse monarch in de *Commons* te zijn geweest. Bij opening van het parlementaire jaar nodigt een koninklijke gezant de in hun eigen zaal verzamelde Lagerhuisleden uit voor de troonrede (in het *House of Lords*!). Traditiegetrouw wordt de deur eerst voor de neus van deze gezant dichtgesmaakt, waarmee maar onderstreept wil zijn dat het Lagerhuis de koning en zijn gezanten niet hoeft toe te laten, Waaldijk 1968, p. 105.
6. Bij een rechtsvergelijkende studie in opdracht van de *Inter-Parliamentary Union* in Bern bleek dat in 2000 wereldwijd uitsluitend Cuba en Kazachstan geen parlementaire immuniteit kenden, Van der Hulst 2000, p. 66.
7. EHRM 3 december 2009 (Kart t. Turkije), *EHRC* 2010, 14, r.o. 49.

volgt eerst een analyse van de parlementaire immuniteit naar geldend recht (I) en van de doelen die zij dient (II); daarna wordt, mede naar aanleiding van recente pleidooien van die strekking, bezien of er reden is voor uitbreiding van de parlementaire immuniteit in Nederland (III) of wellicht juist voor beperking daarvan (IV). Tot slot betoog ik dat de Staat onder omstandigheden op basis van het *égalité*-beginsel aansprakelijk gesteld moet kunnen worden voor schade die wordt veroorzaakt door het parlementaire debat (V).

I. **Parlementaire immuniteit naar geldend recht**

Dit positiefrechtelijke deel begint met een kort overzicht van vormen van parlementaire immuniteit die in verschillende landen voorkomen (I.1), gevolgd door een analyse van de immuniteit naar Nederlands recht (I.2). Daarna ga ik kort in op de rechtsmacht van het Internationaal Strafhof over parlementariërs die zich aan ernstige uitingsdelicten schuldig maken (I.3) en tot slot volgt een analyse van de toelaatbaarheid van de parlementaire immuniteit onder het EVRM (I.4).⁸ Vanwege de beperkte ruimte ga ik niet in op de historische ontwikkeling van de parlementaire immuniteit in ons land. Daarover zijn overigens al uitstekende studies verschenen.⁹

I.1 *Twee grondvormen van immuniteit*

Wereldwijd bestaat er een veelheid aan varianten van de parlementaire immuniteit, maar doorgaans borduren die voort op twee basispatronen die ik in deze paragraaf aanduid met de daarvoor in de rechtsvergelijkende literatuur gangbare benamingen: (a) de parlementaire niet-aansprakelijkheid en (b) de parlementaire onschendbaarheid.¹⁰ In de literatuur wordt een potpourri aan benamingen gebruikt voor verschillende vormen van parlementaire immuniteit. Ik gebruik 'parlementaire immuniteit' als verzamelterm die beide basisvormen kan aanduiden. Waar nodig spreek ik ter ver-

8. De volgorde van behandeling wordt ingegeven door het volgende: de rechtsmacht van het Internationaal Strafhof vormt een positiefrechtelijke uitzondering, zij het een internationaalrechtelijke, op onze nationale immuniteitsregeling. Par. I.2 en I.3 brengen dus de immuniteit in beeld die Nederlandse volksvertegenwoordigers naar gelden recht genieten. De toelaatbaarheid daarvan wordt vervolgens getoetst aan art. 6 EVRM in par. I.4.

9. Zie bijv. Nehmelman 2010, p. 8-11; De Morree 2010; Elzinga 1990, p. 26 e.v.; Oud 1967, p. 598-603 e.v.

10. Vgl. Van der Hulst 2000, p. 31-35 en Hardt in zijn noot bij EHRC 2010, 47.

duidelijking van ‘parlementaire niet-aansprakelijkheid’ en ‘parlementaire onschendbaarheid’.¹¹

a. parlementaire niet-aansprakelijkheid

De parlementaire niet-aansprakelijkheid beschermt de kern van de parlementaire functie: zij vrijwaart parlementariërs – vaak ook ministers en andere deelnemers aan de vergadering – van gerechtelijke vervolging voor hun mondelinge of schriftelijke bijdrage aan de parlementaire gedachtewisseling. Zo kunnen deelnemers aan het debat zonder vrees voor de rechter alles naar voren brengen waarvan zij vinden dat het onder de aandacht gebracht moet worden. In de woorden van art. 71 van de Grondwet:

De leden van de Staten-Generaal, de ministers, de staatssecretarissen en andere personen die deelnemen aan de beraadslaging, kunnen niet in recht worden vervolgd of aangesproken voor hetgeen zij in de vergaderingen van de Staten-Generaal of van commissies daaruit hebben gezegd of aan deze schriftelijk hebben overgelegd.

Deelnemers aan de vergaderingen van decentrale vertegenwoordigende organen in ons land ontlelen hun immuniteit niet aan de Grondwet, maar aan de gewone wet waarmee het betreffende overheidsverband wordt ingesteld.¹² De decentrale immuniteiten volgen voor zover relevant de formulering van art. 71 Gw.¹³ Daarom worden alle Nederlandse immuniteiten in dit preadvies als uitwisselbaar beschouwd.

Bijna overal ter wereld behoort minimaal deze parlementaire niet-aansprakelijkheid tot de voorrechten van de parlementariër. De van 1848 daterende Nederlandse regeling daarvan is sterk verwant aan de veel oudere *free-*

11. De benaming ‘parlementaire onschendbaarheid’ wordt in Nederland ook wel gebruikt voor de beperkte immuniteit van art. 71 Gw (zo bijv. HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801, r.o. 3.1 en Nicuwenhuis 2010, p. 9). Het positieve Nederlandse recht bezigt de term ‘onschendbaarheid’ echter alleen in art. 42 lid 2 Gw, waar hij doelt op de persoonlijke immuniteit van de Koning voor welk handelen dan ook. ‘Parlementaire onschendbaarheid’ lijkt dus een passender benaming voor de immuniteit voor buitenparlementair handelen (zo Voermans 2012, p. 242 en *T&C Grondwet 2009*, aant. 1 bij art. 71 (Bovend’-Eert)). Daar staat tegenover dat het Franse oervoorbeeld uit 1791 de term ‘*inviolabilité*’ juist wel gebruikt voor de immuniteit voor de uitoefening van de parlementaire functie (zie hierna onder b). Bovendien is de immuniteitsvorm die in de rechtsvergelijkende literatuur als ‘parlementaire onschendbaarheid’ wordt aangeduid, altijd ophelbaar, hetgeen mij wat tegenstrijdig lijkt. De gangbare terminologie is dus ongelukkig, maar uit praktische overwegingen sluit ik mij er toch maar bij aan.

12. Art. 22 Provinciewet, art. 22 Gemeentewet, art. 39 Waterschapswet, art. 21 Wet op de bedrijfsorganisatie (SLR) en art. 89 Wet op de bedrijfsorganisatie (bedrijfslichamen).

13. De Provincie- en de Gemeentewet vullen de immuniteit overigens aan met een verschooningsrecht.

dom of speech van Britse parlementariërs, in de Engelstalige literatuur ook wel aangeduid als ‘parliamentary non-accountability’¹⁴ of ‘non-liability’.¹⁵ Deze wordt gegarandeerd door de *Bill of Rights* van 1689 en is daarmee een van de oudste geschreven vormen van parlementaire immuniteit:

The freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place outside of Parliament.¹⁶

Deze *freedom of speech* – die in vrijwel alle landen van het voormalige Britse imperium is overgenomen – gaat ver. Net als de Nederlandse is zij in twee opzichten onbeperkt: zij immuniseert *Members of Parliament* gedurende hun mandaat én daarna tegen alle gerechtelijke procedures vanwege hun binnenparlementaire uitspraken, en bovendien is zij niet ophefbaar.¹⁷

Ook mildere varianten komen voor. Om te beginnen worden niet steeds alle mondelinge en schriftelijke uitingen beschermd. In Duitsland bijvoorbeeld lijdt de immuniteit voor binnenparlementaire uitingen uitzondering bij *verleumderische Beleidigungen*.¹⁸ Ook kan in sommige landen het parlement zelf de niet-aansprakelijkheid van zijn leden opheffen. De Finse constitutie biedt een mooi voorbeeld. Een parlementariër geniet immuniteit voor zijn woorden *binnen* de *Riksdag*, tenzij deze met een vijfzesden-meerderheid in vervolging toestemt.¹⁹

Let wel: ook al kent een constitutie een onbeperkte niet-aansprakelijkheid voor uitspraken in het parlement, dan nog zijn parlementariërs niet absoluut *vrij* in hun uitspraken. Integendeel, ieder parlement dat niet als de spreekwoordelijke Poolse Landdag wil eindigen, moet beschikken over een voorzitter die vergaderorde handhaaft. Het tegengaan van spreken buiten

14. Zo bijv. Van der Hulst 2000.

15. Zo bijv. EHRM 3 december 2009, *EHRC* 2010, 14 (Kart t. Turkije), r.o. 90.

16. Vgl. Nehmelman 2011, p. 335. Dit art. 9 van de *Bill of Rights* van 1689 kwam mede tot stand naar aanleiding van de in de hiervoor beschreven aanvaring met koning Charles. De volledigheid gebiedt te zeggen dat uiteindelijk juist Charles door zijn slepende conflicten met het parlement op het schavot zou belanden. Ruim een eeuw daarna moest ook de Franse monarch het ongenoegen van de revolutionaire vertegenwoordigers van het volk met zijn leven bekopen. De Franse constitutie van 1791 verklaarde hem in artikel 11.2 overigens uitdrukkelijk onschendbaar. In revoluties valt de bescherming van de constitutie blijkbaar soms wat tegen.

17. Hood Phillips & Jackson 2001, p. 272-273.

18. Art. 46, eerste lid GG. Voermans 2012, p. 242.

19. Art. 30, tweede alinea, Finse constitutie. Ook de Deense grondwet maakt vervolging voor uitspraken in het *Folketing* mogelijk na toestemming van het *Folketing*, zie art. 57. Zie voor een combinatie van deze twee beperkingen art. 61 lid 2 van de Griekse grondwet dat met parlementaire toestemming vervolging toestaat voor smadelijke uitspraken binnen het parlement.

de orde, beledigingen, scheldpartijen of laster is essentieel voor een vruchtbare vergadering.²⁰ Sommige grondwetten formuleren de parlementaire niet-aansprakelijkheid dan ook 'binnenstebuiten'. Zo bepaalt de Oostenrijkse constitutie dat de leden van de *Nationalrat* voor hun mondelinge en schriftelijke uitingen binnen dit orgaan raad uitsluitend door de *Nationalrat* zelf verantwoordelijk gehouden kunnen worden.²¹ De onderworpenheid aan de tucht van de eigen voorzitter is echter geen beperking van de *immunité*; immuniteit voorkomt immers dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de rechtmatigheid van parlementaire uitingen.

b. parlementaire onschendbaarheid

Veel verder gaat de parlementaire onschendbaarheid, te onzent niet bekend, maar in veel andere Europese landen voorkomend.²² De regeling daarvan is doorgaans geïnspireerd op de *inviolabilité parlementaire*, verankerd in de Franse *Constitution* van 1791.²³ Deze constitutie was een product van de Franse Revolutie, een machtsstrijd tussen vorst en revolutionaire vertegenwoordigers van het volk, die om begrijpelijke redenen wat huiverig waren voor de tot twee jaar vóór uitvaardiging van de constitutie absoluut bevoegde monarch. Geheel ondenkbaar was het in die tijd niet, dat die machtige vorst zou proberen lastige parlementariërs uit te schakelen met valse of opgeklopte beschuldigingen over delicten die niets met hun eigenlijke parlementaire werk van doen hadden.

In de Franse *Constitution* is de parlementaire immuniteit daarom uit twee componenten opgebouwd: eerst wordt de volksvertegenwoordiger een - op het Britse voorbeeld geïnspireerde - niet-aansprakelijkheid verleend voor het spreken, schrijven en handelen in de uitoefening van zijn parlementaire functie. Deze immuniteit is niet ophefbaar en blijft bestaan na afloop van het parlementaire mandaat. Zij wordt aangevuld met een ophefbare

20. Vgl. art. 58 RvOTK.

21. Art. 57, eerste lid, tweede volzin Bundes-Verfassungsgesetz.

22. Mijns inziens is art. 119 Gw niet te beschouwen als een vorm van parlementaire onschendbaarheid. Weliswaar werpt deze regeling een drempel op tegen al te lichtvaardige vervolging van parlementariërs (en ministers), maar zij verschilt op essentiële punten van de onschendbaarheid naar Franse snit. Om te beginnen beschermt zij niet tegen vervolging *tout court*, maar uitsluitend tegen vervolging wegens ambtmisdrijven en, belangrijker nog, de vervolging kan plaatsvinden in opdracht van de Tweede Kamer *of de regering*. Parlementaire onschendbaarheid beoogt volksvertegenwoordigers nu juist te beschermen tegen ongegronde vervolging in opdracht van de executieve.

23. Van der Hulst 2000, p. 65; Oud 1967, p. 596-597. Ook het Verenigd Koninkrijk kende van oudsher een 'freedom of arrest', maar daarvan rest slechts een rudimentaire vorm: als een *MP* of een *Peer* wordt gearresteerd of veroordeeld en vastgezet, wordt de voorzitter van zijn huis daarover geïnformeerd. Van der Hulst 2000, p. 78-80; Hood Phillips & Jackson 2000, p. 280.

onschendbaarheid die parlementariërs voor de duur hun mandaat vrijwaart van strafvervolgning voor al hun (overige) doen en laten. De oervorm uit 1791 luidt:

Article 7. Les représentants de la Nation sont inviolables : ils ne pourront être recherchés, accusés ni jugés en aucun temps pour ce qu'ils auront dit, écrit ou fait dans l'exercice de leurs fonctions de représentants.

Article 8. Ils pourront, pour faits criminels, être saisis en flagrant délit, ou en vertu d'un mandat d'arrêt; mais il en sera donné avis, sans délai, au Corps législatif; et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Corps législatif aura décidé qu'il y a lieu à accusation.²⁴

Deze twee bepalingen hebben model gestaan voor de parlementaire immuniteit in vele andere Europese constituties, zoals die van Italië, Spanje, Portugal, Cyprus, Griekenland, Slovenië, Turkije, Denemarken en België. Ook daarin wordt steeds de niet-aansprakelijkheid voor de parlementaire functie-uitoefening²⁵ vooropgesteld, gevolgd door een vorm van strafrechtelijke onschendbaarheid voor handelen *buiten* de parlementaire functie.²⁶

De tweede component van de 'Franse' immuniteit, de onschendbaarheid, is in alle landen waar zij voorkomt, ophefbaar. Onschendbaarheid voor extra-parlementaire gedragingen is geen rustig bezit. Van de honderden parlementariërs waarover een normaal land beschikt, zal in het dagelijks leven allicht af en toe een enkeling een strafbaar feit plegen, of dat op zeker moment lijken te doen. Absolute onschendbaarheid van de betreffende parlementariër kan dan bij het publiek op den duur de indruk wekken dat het parlement een toevluchtsoord is voor corrupte politici. Om dat te voorkomen is de eigen kamer bevoegd, de onschendbaarheid op te heffen. In de regeling uit de *Constitution* van 1791 (zie hierboven) werd strafvervolgning slechts doorgezet met toestemming van het parlement. Zo is het nog altijd in bijvoorbeeld Griekenland, Spanje, Portugal, Slovenië en Turkije. De huidige Franse grondwet bepaalt inmiddels dat strafvervolgning door een actief besluit van de kamer kan worden stilgelegd in plaats van andersom.²⁷ Zo is het ook in België, waar het bevel tot stillegging bovendien een tweederden meerderheid behoeft.²⁸ Een enkele keer besluit een rechterlijk orgaan over

24. Constitution 1791, art. 7 en 8.

25. Dat is overigens een subtiel verschil met de Brits/Nederlandse regeling. Ik ga daar kort op in bij mijn analyse van de Straatsburgse jurisprudentie, zie par. 1.4 onder c.

26. Zie bijv. art. 71 Spaanse grondwet; resp. art. 157 Portugese grondwet; art. 68 Italiaanse grondwet; art. 83 Sloveense grondwet; art. 83 Turkse grondwet; art. 57 Deense grondwet; art. 58 en 59 Belgische grondwet. Over de Belgische regeling De Morree 2010.

27. Art. 26 Franse *Constitution*; art. 59 Belgische grondwet.

28. Art. 59 Belgische grondwet. Zie Sottiaux 2010, p. 50-51.

opheffing van de immuniteit, zoals bijvoorbeeld in Cyprus, waar het constitutioneel hof deze bevoegdheid uitoefent.²⁹ *Common ground* is echter dat de parlementaire onschendbaarheid in concrete gevallen ophefbaar is.

Vaak is de parlementaire onschendbaarheid bovendien op een tweede punt gerelativeerd doordat zij niet alle buitenparlementaire gedragingen dekt. Om te beginnen geldt de bescherming tegen arrestatie en strafrechtelijk onderzoek meestal niet bij betrapting op heterdaad.³⁰ Voor een *werkelijk* corrupte executive die zich van een parlementariër zou willen ontdoen, biedt deze relativisering natuurlijk wel enig perspectief. Wie er niet voor terugdeinst om opposenten met vervalst bewijs te ecarteren, zal er waarschijnlijk evenmin veel moeite mee hebben, bewijs te produceren van een ontdekking op heterdaad.³¹ De parlementaire onschendbaarheid zou echter maatschappelijk onaanvaardbaar worden, als zij parlementariërs de gelegenheid zou bieden om in het volle zicht van anderen straffeloos allerlei vergrijpen te begaan. Een uitzondering voor ontdekking op heterdaad lijkt daarom onvermijdelijk.³²

In verscheidene landen vallen ook ernstige misdrijven buiten de onschendbaarheid. Kennelijk wordt het niet aanvaardbaar geacht, ook daarvoor de vervolging uit te stellen totdat het mandaat van de parlementariër is verstreken. Zo is in Portugal vervolging mogelijk als er overtuigend bewijs is van een delict waarop een maximumstraf van meer dan drie jaar staat; in Slovenië is dat vijf jaar.³³ In Ierland lijdt de parlementaire onschendbaarheid (die overigens is beperkt tot het voorrecht om niet gearresteerd te worden op weg van of naar het parlement) uitzondering bij verdenking van hoogverraad of verstoring van de vrede.³⁴

29. Art. 83 lid 2 Cypriotische grondwet. Omdat een *rechter* toestemming voor vervolging geeft, valt te twisten over de vraag of dit een echte immuniteit is.

30. Zie art. 26, tweede alinea van de huidige Franse grondwet; zie art. 59, eerste lid Belgische grondwet; art. 83 lid 2 Turkse grondwet; art. 71 lid 2 Spaanse grondwet; 83 lid 2 Cypriotische grondwet; 157 lid 3 Portugese grondwet; art. 62 Griekse grondwet.

31. In ieder geval binnen de EU lijkt zo iets tegenwoordig haast ondenkbaar.

32. Volgens Van der Hulst 2000, p. 88, die een wereldwijde rechtsvergelijking verrichtte naar vormen van parlementaire immuniteit, is algemeen aanvaard dat ontdekking op heterdaad een logische beperking vormt op de parlementaire onschendbaarheid.

33. Art. 157 lid 2 Portugese grondwet; art. 83 Sloveense grondwet.

34. Art. 15 lid 13 Ierse grondwet. In Denemarken worden parlementariërs juist voor eenvoudige verkeersovertredingen en dergelijke zonder toestemming van het *Folketing* boeet, waardoor juist lichte vergrijpen buiten de onschendbaarheid lijken te vallen (zo Van der Hulst 2000, p. 85). Volgens een door het *Folketing* gepubliceerd commentaar op de Deense grondwet gaat men er daar van uit, dat parlementariërs deze boetes vrijwillig voldoen. Dat lijkt mij inderdaad een erekwesitie en het ligt voor de hand dat dit in meer landen gebeurt. Een beperking van de onschendbaarheid is dit echter niet. (<http://www.the.danishparliament.dk/Publications/My%20Constitutional%20Act%20with%20explanationns.aspx>, commentaar bij art. 57, geraadpleegd 21 augustus 2012).

Een duidelijk punt van overeenstemming tussen genoemde landen is tot slot, dat de onschendbaarheid slechts geldt voor de duur van het parlementaire mandaat. Op dit punt bestaat een duidelijk verschil met de niet-aansprakelijkheid voor de uitoefening van de parlementaire functie, die ook na afloop van het parlementaire mandaat van kracht blijft. Het onderscheid valt te verklaren uit de verschillende doelen van beide immuniteitsvormen: de parlementaire niet-aansprakelijkheid beoogt de parlementariër in staat te stellen, zonder vrees voor de rechter zijn functie uit te oefenen. De parlementaire onschendbaarheid gaat echter veel verder en beoogt te voorkomen dat de executieve haar vervolgingsrecht misbruikt om zich van lastige parlementariërs te ontdoen. Die functie valt weg als het parlementaire mandaat is verstreken.

c. conclusie

Uit deze korte *tour d'horizon* rijst het volgende beeld. Vrijwel alle genoemde landen kennen minimaal een niet-aansprakelijkheid voor de uitoefening van de parlementaire functie, die de immuniteitsgerechtigde er voor de rest van zijn leven van verzekert dat hij zich niet voor de rechter hoeft te verantwoorden voor zijn parlementaire werk. Landen waarvan de parlementaire immuniteit is geënt op het Franse model uit 1791 kennen bovendien waarborgen tegen strafvervolging van parlementariërs voor handelen buiten de parlementaire functie-uitoefening. Deze parlementaire onschendbaarheid kan steeds voor concrete gevallen worden opgeheven en zij geldt niet bij betrapting op heterdaad.

1.2 De parlementaire immuniteit in Nederland

Deze paragraaf behandelt de Nederlandse parlementaire immuniteit. Nederland kent, als gezegd, slechts de variant die in rechtsvergelijkende literatuur wordt aangeduid als 'parlementaire niet-aansprakelijkheid'. In nationaal verband is echter de term 'parlementaire immuniteit' gebruikelijk, die ik daarom ook gebruik.

Aan de orde komen (a) de immuniteitsgerechtigde personen; (b) de door immuniteit gedekte gedragingen; (c) de situaties waarin de immuniteit van toepassing is en (d) de sancties waartegen zij beschermt. Omdat de 'decentrale' immuniteiten grotendeels gelijkluidend zijn aan art. 71 Gw worden zij in de beschouwing betrokken.

a. immuniteitsgerechtigde personen

Immuniteitsgerechtigd zijn volgens art. 71 Gw de leden van de Staten-Generaal, de ministers, de staatssecretarissen en andere personen die deel-

nemen aan de beraadslaging. Ook decentraal zijn alle deelnemers aan het debat (volksvertegenwoordigers, leden van de executieve en deelnemende derden) beschermd. Anders dan in het buitenland voorkomt, is de parlementaire immuniteit in Nederland dus niet exclusief gericht op volksvertegenwoordigers. Wel zijn volksvertegenwoordigers verreweg de belangrijkste categorie van immuniteitsgerechtigden. Ik spreek hierna daarom vaak kortweg over immuniteitsgerechtigde 'parlementariërs', hoewel er natuurlijk nog andere immuniteitsgerechtigden bestaan.

De categorie 'andere personen die deelnemen aan de beraadslaging' behoeft uitleg. Hoewel het uit de tekst niet ondubbelzinnig blijkt, valt uit de (opeenvolgende) toelichtingen daarop af te leiden dat niet alle derden die in de Kamer het woord voeren, immuniteitsgerechtigd zijn. Immuniteit wordt slechts verleend aan buitenstaanders die door een bewindspersoon of Kamerlid zijn *aangewezen* om hen bij de beraadslaging bij te staan.

Bewindslieden ontleen de bevoegdheid om tijdens Kamerdebatten een ambtenaar of een andere hulppersoon aan te wijzen aan art. 69 lid 3 Gw.³⁵ In de praktijk gebeurt dit vooral bij de verdediging van complexe wetsvoorstellen. Een krachtens deze bepaling aangewezen hulppersoon verkrijgt immuniteit.³⁶ Deze hulppersonen waren in het oorspronkelijke voorstel voor art. 71 Gw de enige immuniteitsgerechtigde buitenstaanders. Tijdens de parlementaire behandeling van de bepaling verandert de regering van inzicht. Ook de Kamers moeten in hun ordereglement kunnen toestaan dat hun leden hulppersonen aanwijzen. Deze hulppersonen zouden op dezelfde voet immuniteitsgerechtigd moeten zijn als degenen die door bewindslieden zijn aangewezen.³⁷ De tekst van art. 71 Gw wordt daarom zo gewijzigd, dat immuniteit wordt toegekend aan 'andere personen die deelnemen aan de vergaderingen.' De bepaling krijgt haar huidige formulering na een tweede wijziging door het Amendement Patijn-De Kwaadsteniet: immuniteit komt toe 'aan andere personen die deelnemen aan de beraadslaging'. Dit zou moeten verduidelijken dat derden die 'vergaderingen dan wel hoorzittingen van de Kamers of van commissies van de Kamers bijwonen op uitnodiging dan wel op eigen initiatief' *niet* immuniteitsgerechtigd zijn.³⁸ Uitsluitend derden 'die door leden [krachtens een nog in te voeren bepaling in het reglement van orde] of de Ministers of Staatssecretarissen [krachtens art. 69 lid 3 Gw] zijn *aangewezen* om hen

35. Art. 51 lid 4, 55 lid 2 en 87 lid 3 RvOTK en art. 91 RvOEK sluiten daarbij aan.

36. In de Tweede Kamer kunnen zij ook op eigen gelegenheid het woord vragen, zie art. 55 lid 2 RvOTK.

37. *Kamerstukken II* 1978-1979, 14 224, nr. 8 (Nota van Wijzigingen). Zie ook Elzinga 1990, p. 123.

38. Amendement Patijn-De Kwaadsteniet, *Kamerstukken II*, 14 224, nr. 13. In mijn ogen is dit overigens niet echt een verduidelijking.

bij te staan bij de beraadslaging',³⁹ zijn immuniteitsgerechtigd. Derden nemen dus uitsluitend in grondwettelijke zin deel 'aan de beraadslaging' na een aanwijzing als hulppersoon.⁴⁰ Overigens betekent dit ook, dat de Kamers de kring van immuniteitsgerechtigden iets uit kunnen breiden door in hun ordereglement de bevoegdheid tot het aanwijzen van hulppersonen te verruimen.⁴¹

Het feit dat andere derden dan hulppersonen niet immuniteitsgerechtigd zijn, komt pregnant naar voren in een arrest naar aanleiding van het onderzoek van de Parlementaire Enquête Commissie Opsporingsmethoden. In opdracht van deze commissie bracht een externe deskundige verslag uit over dubieuze praktijken in de advocatuur. Dit verslag werd onder de naam van de onderzoeker opgenomen in het eindrapport van de commissie aan de Kamer. De deskundige had echter een aantal casusbeschrijvingen ondeugdelijk geanonimiseerd. Een advocaat die zichzelf herkende vorderde schadevergoeding van de onderzoeker omdat hij zich ten onrechte als dubieuze advocaat gebrandmerkt zag. Volgens de Hoge Raad neemt een externe deskundige die aan de Kamer rapporteert niet deel 'aan de beraadslaging' in grondwettelijke zin, waaronder verstaan moet worden 'de schriftelijke of de mondelinge uitwisseling van gedachten en standpunten in een vergadering van een Kamer of een Kamercommissie'.⁴² Het feit dat het onderzoek is opgenomen in het eindrapport van de Enquêtecommissie, vrijwaart dus uitsluitend de Kamerleden zelf, maar niet de buitenstaanders van wie de informatie afkomstig is.

Een kleine uitbreiding van de kring van immuniteitsgerechtigden wordt gevormd door lagere rechtspraak die de Staat laat delen in de parlementaire immuniteit. Het recentste voorbeeld deed zich voor in de nasleep van de beruchte 'Schiedammer Parkmoord'. Nadat in die zaak op basis van ondeugdelijk bewijs een onschuldige werd veroordeeld voor het verkrachten en vermoorden van een minderjarig meisje, onderzoeken deskundigen het politieverhoor van een minderjarig vriendje dat getuige was van het misdrijf. Een van de conclusies is dat een bij dat verhoor aanwezige kinderpsycholoog ten onrechte niet ingreep tijdens een intimiderende ondervraging van de jongen. Naar aanleiding van dit onderzoek verklaart de

39. Amendement Patijn-De Kwaadsteniet, *Kamerstukken II*, 14 224, nr. 13, cursivering en termen tussen haken toegevoegd.

40. Op grond van het huidige art. 116 lid 2 RvOTK mogen Kamerleden die een initiatiefwetsvoorstel verdedigen zich laten bijstaan door maximaal vier deskundigen, die dus delen in de parlementaire immuniteit.

41. De Hoge Raad zinspeelt daarop in HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 577, r.o. 4.5. Elzinga 1990, p. 123 acht de manoeuvreerruimte van de Kamer juist beperkt.

42. HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 577, r.o. 4.2. Glashelder is ook dit criterium niet. Men kan de categorie van immuniteitsgerechtigde derden beter formeel afbakenen, zoals in de toelichting Patijn-De Kwaadsteniet gebeurt.

Minister van Justitie tot driemaal toe in de Kamer dat de psycholoog is tekortgeschoten en dat van zijn diensten nog slechts terughoudend gebruik zal worden gemaakt. De persoon in kwestie eist schadevergoeding van de Staat. Hoewel art. 71 Gw de Staat geen immuniteit toekent, strandt de vordering. Als de Staat aansprakelijk zou zijn voor de betreffende uitlatingen van de minister, dan zou de minister volgens de rechtbank 'indirect (via de Staat) alsnog aansprakelijk zijn voor zijn uitlating in het parlement, wat artikel 71 Grondwet nu juist beoogt te voorkomen'.⁴³ In par. V betoog ik dat de Staat op basis van het *égalité*-beginsel aansprakelijk zou moeten zijn voor de gevolgen van het parlementaire debat.

b. door immuniteit gedekte gedragingen

De immuniteit dekt alle schriftelijke of mondelinge bijdragen van de immuniteitsgerechtigde aan de parlementaire vergadering. Andere vormen van doen of nalaten zijn niet gedekt; zo is civiele of strafrechtelijke aansprakelijkstelling gewoon mogelijk als de immuniteitsgerechtigde zich tijdens de vergadering zou bezondigen aan geweldsdelicten of zaaksbeschadiging. Ook 'symbolische handelingen' waarmee een mening – anders dan mondeling of schriftelijk – tot uitdrukking wordt gebracht, zijn niet gedekt. *Alle* uitingen in de vergadering worden beschermd. Dit werd recent bevestigd in een Arubaanse zaak. Terwijl het Statenlid Lampe in een rechtstreeks uitgezonden Statenvergadering het woord voert, roept minister Wever meermalen dat deze Lampe een pedofiel is en bijt hem toe: 'leg dat maar uit aan al die kinderen die je hebt misbruikt!'⁴⁴ Oud-priester Lampe poogt zijn reputatieschade te beperken door in een civiele procedure te eisen dat Wever zijn uitspraken rectificeert. Volgens Lampe 'kan bezwaarlijk worden aanvaard dat het uitschelden van een parlementariër voor pedofiel op enige wijze verband houdt' met het belang dat door de parlementaire immuniteit wordt beschermd, te weten het vrijelijk uitoefenen van democratische controle. Daarom zou een beroep op de immuniteit niet opgaan.⁴⁵ De Hoge Raad gaat hier niet in mee:

Parlementaire immuniteit zoals hier aan de orde vormt een beperking van het recht op toegang tot de rechter. Zij dient echter een legitiem doel, te weten het beschermen van de vrije meningsuiting in het parlement en handhaving van de scheiding van machten tussen de wetgever en de rechter (...). Met dat doel is niet verenigbaar dat, zoals aanvaarding

43. Rb. Den Haag 4 november 2009, *LJN*: BK5692 (Evaluatie Schiedammer Parkmoord), r.o. 4.11. Zo ook Rb. Den Haag 1 augustus 2001, *NJ* 2001, 700 (Varkens K.I./Staat), r.o. 3.1-3.2 en Hof Den Haag 27 mei 2004, *NJF* 2004, 492, pt. 6.

44. HR 17 juni 2011, *NJ* 2011, 450, *AA* 2012, 928, zie de conclusie AG.

45. Vastgelegd in art. III.20 Staatsregeling Aruba en op de functieomschrijvingen na gelijk-luidend aan art. 71 Gw.

van de door het middel voorgestane opvatting zou meebrengen, de rechter zich zou begeven in een beoordeling van de – in dit geval: civielrechtelijke – toelaatbaarheid van *in het parlement* gedane uitingen, welke dan ook.’ [cursivering toegevoegd]⁴⁶

Tijdens de vergadering gesproken woorden kunnen dus niet aan de immuniteit worden onttrokken met het argument dat zij onvoldoende verband hielden met het parlementaire debat of dat er buiten de orde⁴⁷ werd gesproken. Dit strookt met het feit dat de voorzitter bevoegd is, allen die aan de vergadering deelnemen, te vermanen of uit te sluiten van de vergadering.⁴⁸ Ook bij uitroepen zoals die van Wever bestaat er dus geen handhavingsvacuüm dat door de rechter opgevuld zou moeten worden.

c. situaties waarin de immuniteit van toepassing is

De parlementaire immuniteit beschermt (1) het gesproken en (2) geschreven woord slechts in welomschreven, formeel begrensde situaties.

(1) De bescherming van het *gesproken woord* geldt gedurende de ‘vergaderingen van de Staten-Generaal of van commissies daaruit’. Bepalend is daarom het reglement van orde: zodra er sprake is van een reglementaire Kamer- of commissievergadering, treedt de immuniteit in werking. Kamer- of commissievergaderingen op een andere locatie dan het Binnenhof zijn dus ook beschermd, zolang er maar sprake is van een reglementair uitgeroepen en geopende vergadering.⁴⁹ Informeel overleg tussen Kamerleden en vergaderingen van *Kamerfracties* genieten daarom geen immuniteit.⁵⁰

Bovend'Eert en Kummeling noemen een exotische uitspraak waarin de oriëntatie op het Kamerreglement tot het uiterste wordt doorgevoerd.⁵¹ Op 1 maart 1939 probeert NSB-fractievoorzitter Rost van Tonningen de beruchte zedenzaak te Oss in de Tweede Kamer aan de orde te stellen. Als hij daarvoor onvoldoende steun krijgt, veroorzaakt hij zoveel tumult dat de voorzitter hem de toegang tot de vergaderzaal ontzegt. Op weg naar buiten raakt hij verward in een handgemeen met KVP'er Ruyter, die hem uitscheldt voor ‘landverrader’. Achteraf veroordeelt de Rechtbank Den Haag deze Ruyter tot een geldboete wegens belediging. Uit de *Handelingen* weet

46. HR 17 juni 2011, NJ 2011, 450, AA 2012, 928, r.o. 3.4.2.

47. Dat wil zeggen zonder verlof om het woord te voeren, art. 55 lid 1 RvOTK.

48. Art. 37 en 38 Reglement van Orde voor de Staten van Aruba; vgl. 58, 59 en 60 RvOTK.

49. Strikt genomen is het daarom minder juist om – zoals wel gebeurt – de Nederlandse immuniteit aan te duiden als een ‘plaatselijk voorrecht’.

50. *Kamerstukken II* 1978-1979, 14 224, nr. 6, p. 10 (MvA).

51. Bovend'Eert & Kummeling 2010, p. 145. Zie voor de gebeurtenissen in het parlement *Handelingen II* 1938-1939, p. 1591, met puntjes waar de voorzitter krachttermen heeft geschreept.

de Rechtbank te reconstrueren dat de vergadering al was geschorst toen Ruyter zijn uitroep deed, zodat de immuniteit niet van toepassing was. Deze beslissing lijkt mij correct: door schorsing is er tijdelijk geen sprake meer van een vergadering in reglementaire zin. De rechter is dan bevoegd, wat correspondeert met het feit dat de voorzitter gedurende de schorsing niet bevoegd is, (bijkomende) sancties op te leggen.

(2) De bescherming van *uitlatingen in geschrifte* geldt, als de immuniteitsgerechtigde stukken 'aan' de Staten-Generaal 'overlegt'. Daartoe behoren in elk geval de stukken die hij ter verdere verspreiding binnen de Kamer of een Kamercommissie aan de griffie toezendt. Rechtstreekse toezending van stukken aan derden wordt niet beschermd.

Schriftelijke vragen aan de executieve worden in de regel gesteld via de griffie.⁵² De voorzitter houdt dan ongepaste of lasterlijke vragen tegen; de overige vragen worden doorgestuurd en verspreid binnen de Kamer. Een Kamerlid dat zijn Kamervragen via deze weg stelt, legt zijn vragen dus schriftelijk over aan de Staten-Generaal, zodat zij onder de immuniteit vallen. Rechtstreeks aan het bestuur gerichte correspondentie wordt naar mijn oordeel niet door de immuniteit gedekt.

Aldus zijn de situaties waarbij de parlementaire immuniteit van toepassing is, formeel begrensd.⁵³ Dit heeft de charme van de eenvoud.⁵⁴ Bovendien doet deze begrenzing de situaties waarvoor de rechter onbevoegd is, precies samenvallen met de situaties waarin de Kamervoorzitter wél kan optreden.

De rechtspraak houdt aan deze formele grenzen strikt de hand. Geregeld beroepen volksvertegenwoordigers zich op immuniteit in rechtsgedingen over mondelinge of schriftelijke uitingen *buiten* het parlement. De rechter wijst dat standaard af.⁵⁵ De immuniteit houdt letterlijk op bij de drempel van de vergaderzaal.

Zo stak een Dordts gemeenteraadslid in de vergadering een redevoering af waarin hij asielzoekers fel aanviel. In de gang van het gemeentehuis verstrekte hij een afschrift van zijn toespraak aan een journalist, die daaruit prompt in de krant citeerde. Omdat duidelijk werd dat de gepubliceerde passages waren overgenomen uit de door het raadslid verstrekte versie, kon het raadslid voor aanzetten tot haat worden veroordeeld, ook al kwam de overgenomen tekst letterlijk overeen met de in de vergadering uitgesproken

52. Art. 134 RvOTK; art. 140 RvOEK; zie ook art. 39 van het model-reglement van orde van VNG voor gemeenteraden.

53. Zie (1) en (2).

54. Zie par. IV.1.

55. Recent Rb. Amsterdam 3 februari 2010, *LJN*: BL1868 (Wilders, tussenvonnis), r.o. 2.

woorden.⁵⁶ Ook de eerder genoemde Arubaanse minister Wever die zijn (on)parlementaire beledigingen niet hoefde te rectificeren omdat hij ze deed in de Statenvergadering, werd alsnog tot een fikse schadevergoeding veroordeeld toen hij zijn uitspraken op de radio herhaalde.⁵⁷

Wordt er in de media uit parlementaire redevoeringen of documenten geciteerd of worden deze op filmbeeld vertoond, dan is dus cruciaal uit welke bron de media putten. Als de immuniteitsgerechtigde buiten de vergadering zelfstandig als bron optreedt door teksten of beelden actief te verspreiden, komt hem geen beroep op immuniteit toe. Zolang de media woorden of beelden van een parlementair optreden echter putten uit andere bron, is de immuniteitsgerechtigde veilig.

d. sancties waartegen de immuniteit beschermt

Tot 1983 verklaarde de Grondwet de immuniteitsgerechtigden niet 'vervolgbaar', wat zou kunnen suggereren dat slechts strafvervolgning was uitgesloten.⁵⁸ Ook onder de oude Grondwet werd echter al aangenomen, dat de immuniteit mede tegen civiele aansprakelijkheid beschermde.⁵⁹ Het huidige art. 71 Gw bepaalt dat de immuniteitsgerechtigden 'niet in rechte worden vervolgd of aangesproken', wat tot uitdrukking brengt dat 'het niet slechts gaat om straf- en tuchtrechtelijke vervolgbaarheid, maar ook om burgerrechtelijke aansprakelijkheid'.⁶⁰ De immuniteit blokkeert dus alle

56. HR 2 april 2002, *NJ* 2002, 421 (Aanzetten tot haat in raadsvergadering). Zie ook HR 24 juni 1983, *NJ* 1984, 801: geen immuniteit voor een raadslid dat een kopie van een lasterlijke brief aan een raadscommissie aan *De Gelderlander* en *De Tribune* stuurt, die daaruit prompt citeert.

57. GiEA Aruba 14 november 2012, *LJN*: BY4616. Zie verder: HR 11 november 2011, *AB* 2012, 79 (aantijgingen in de pers van een raadslid tegen een wethouder worden door de civiele rechter beoordeeld); Rb. Alkmaar 16 mei 2007, *LJN*: BA5193, r.o. 4.1 (raadslid aansprakelijk voor aan de raad overgelegd rapport waarvan hij vóór de raadsvergadering kopieën aan de pers verstrekt); Vvz. Rb. Den Haag 5 oktober 2004, *LJN*: AR3274 (verbod aan LPF-Tweede Kamerfractie om na afscheiding van de partij LPF 'buiten Kamer- of commissievergaderingen de aan de partij toekomende merknaam LPF te voeren'); Hof Den Haag 27 mei 2004, *NJF* 2004, 492 (geen immuniteit voor minister die delen uit een brief aan de Kamer in een persbericht herhaalt); Gerechtshof Amsterdam 6 augustus 2003, *LJN*: AI0892 (raadslid strafbaar als hij geheime informatie in zijn partijblad zet); Rb. Alkmaar 6 juni 2003, *LJN*: AF9675 (geen immuniteit voor per email aan het *Noordhollands Dagblad* verstuurd kopie van een brief aan B&W met laster over een ambtenaar); Hof Den Bosch 17 december 2002, *LJN*: AF3211 (raadslid veroordeeld tot rectificatie van belasting van een ambtenaar in schriftelijke vragen aan B&W, waarvan de vraagsteller een kopie online zet).

58. Laatstelijk art. 107 Grondwet 1972.

59. Zo reeds Gerechtshof Arnhem 18 maart 1937, *NJ* 1937, 171, dat een schadevordering vanwege een kritische rapportage in de gemeenteraad afwees. Zie ook Oud 1967, p. 599.

60. *Kamerstukken II* 1976/77, 14 224, nr. 3, p. 7-8 (MvT).

vormen van overheidsrechtspraak waarbij een parlementariër voor zijn uitspraken binnen de vergadering ter verantwoording wordt geroepen.⁶¹ Tekst, toelichting, noch jurisprudentie geven aanwijzingen over de vraag of de immuniteit beschermt tegen vormen van buitengerechtelijke sanctionering, zoals private tuchtrechtspraak of berisping door een leidinggevende. In par. III.3 wordt betoogd dat deze bescherming inderdaad zou moeten bestaan. Tot slot nog dit. Het kan best gebeuren dat een parlementariër een klacht over zijn parlementaire woorden zelf graag aan de rechter voorgelegd zou zien, in de verwachting dat de rechter de bezwaren ongegrond verklaart en daarmee zijn naam zuivert.⁶² Weliswaar kunnen immuniteitsgerechtigden formeel geen afstand doen van hun bescherming,⁶³ maar zij kunnen dat probleem omzeilen door hun uitspraken buiten het parlement te verspreiden, bijvoorbeeld door een toespraak op internet te zetten. Uit de hiervoor besproken jurisprudentie blijkt dat de rechter parlementaire uitspraken zonder schroom beoordeelt als de immuniteitsgerechtigde zelf buiten de vergadering als bron is opgetreden.

1.3 Het Internationaal Strafhof

Uit het voorgaande blijkt dat parlementariërs en overige deelnemers aan de parlementaire beraadslaging naar Nederlands recht immuniteit genieten voor al hun binnenparlementaire uitspraken. Internationaalrechtelijk maakt het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof (ICC Statuut) echter een kleine uitzondering op deze bescherming.⁶⁴

Volgens art. 27 ICC Statuut kan *iedereen* die zich aan een in het Statuut genoemd delict schuldig maakt, worden vervolgd: de *official capacity* van de verdachte is irrelevant. Deze regel beperkt op de eerste plaats de immuniteit die het volkenrecht van oudsher toekent aan staatshoofden.⁶⁵ De bepaling noemt echter ook het lidmaatschap van regering of parlement als officiële hoedanigheden die een verdachte niet van vervolging vrijwaren. Nationale immuniteiten bieden geen verweer tegen vervolging voor het Hof.⁶⁶

61. Zie nog Vzt. Rb. Haarlem 17 mei 2004, *LJN*: AO9606: de bestuursrechter weigert een door een ambtenaar gevraagde voorziening tegen uitspraken die een minister in de Tweede Kamer over hem deed.

62. De Straatsburgse jurisprudentie biedt het voorbeeld van de Turkse parlementariër Kart, die om deze reden tevergeefs aan zijn eigen Kamer vraagt, zijn immuniteit op te heffen. Overigens is volgens het Hof Karts recht op toegang tot de rechter niet geschonden, *EHRM* 3 december 2009, *EHRC* 2010, 14 (Kart t. Turkije). Zie ook noot 75.

63. Britse *MP's* kunnen dat onder de *Defamation Act 1996* wel; Hood Phillips & Jackson 2001, p. 279-280.

64. *Tb.* 2000, 100.

65. Triffterer 2008, p. 780-781, 785.

66. Art. 27 lid 2 ICC Statuut.

Het Internationaal Strafhof is bevoegd terzake van vier 'basisdelicten': genocide, misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven en agressie.⁶⁷ Naast de feitelijke plegers daarvan zijn ook de personen te vervolgen die tot deze delicten hebben aangezet. Hier zijn vooral de delictsvormen van art. 25 ICC Statuut van belang. Om te beginnen is strafbaar 'the person' who 'solicits or induces the commission of such a crime [een van de basisdelicten] *which in fact occurs or is attempted*'.⁶⁸ Het bestaan van een formele bevelsrelatie is niet vereist.⁶⁹ Specifiek voor genocide is er een bijkomende strafbepaling: strafbaar is hij die 'directly and publicly incites others to commit genocide'. Een oproep tot genocide hoeft dus – anders dan bij de drie andere basisdelicten – niet te leiden tot concrete pogingen van derden, voordat hij strafbaar is; de aansporing op zich is al genoeg.⁷⁰

Aldus brengt het ICC Statuut een kleine, maar principieel belangrijke beperking aan op de bescherming die parlementariërs van oudsher binnen de nationale rechtsorde genoten. Een volksvertegenwoordiger die in de vergadering aanzet tot misdrijven tegen de menselijkheid, oorlogsmisdrijven of agressie, kan voor het Hof worden gebracht als vervolgens pogingen tot die misdrijven worden gedaan, en aannemelijk is dat die in causaal verband staan met zijn uitspraken. Roept een parlementariër op tot genocide, dan zou zelfs die blote aansporing al bestraffing kunnen opleveren.⁷¹

Wie zijn parlementaire immuniteit misbruikt voor het begaan van uitingsdelicten van het ernstigste soort is dus – in internationaal verband – niet langer straffeloos.

Overigens is het ICC Statuut voor landen met een parlementaire onschendbaarheid potentieel van groter belang dan voor ons land. Zelfs als hier te lande ooit zodanige spanningen tussen bevolkingsgroepen zouden ontstaan dat een volksvertegenwoordiger zou willen oproepen tot het begaan van een van de 'basisdelicten', is het moeilijk voorstelbaar dat hij daarin *tijdens* de parlementaire vergadering zou slagen zonder dat de voorzitter hem onmiddellijk het woord zou ontnemen. Als een parlementariër al zulke oproepen doet, dan gebeurt dat waarschijnlijk eerder buiten het parlement.⁷²

67. Art. 5 ICC Statuut.

68. Art. 25 lid 3 sub b ICC Statuut. Cursivering toegevoegd.

69. Triffterer 2008, p. 753.

70. Art. 25 lid 3 sub c ICC Statuut.

71. Triffterer 2008, p. 761.

72. Denk aan de Rwandese genocide in de jaren negentig, waarbij Hutu's wekenlang via de radio tegen Tutsi's werden opgehitst, zelfs met de aansporing om Tutsi's te doden. Het Rwandatribunaal heeft enkele journalisten veroordeeld voor het aanzetten tot genocide. Zou een parlementariër aan dergelijke uitzendingen meewerken, dan kan hij sinds 2000 voor het Internationaal Strafhof worden gebracht.

1.4 Parlementaire immuniteit en het EVRM

Sinds *Golder t. Verenigd Koninkrijk* wordt uit art. 6 EVRM een recht op toegang tot een onafhankelijke rechter afgeleid.⁷³ De parlementaire immuniteit blokkeert in specifieke gevallen juist de toegang tot de rechter. Dat roept de vraag op, in hoeverre de parlementaire immuniteit zoals die in de voorgaande paragrafen is beschreven, strookt met de eisen van art. 6 EVRM. Daarover bestaat inmiddels een aanzienlijke hoeveelheid Straatsburgse jurisprudentie. Na (a) een uitleg over het type gevallen waarin parlementaire immuniteit art. 6 EVRM raakt, bezie ik de rechtspraak over immuniteit voor (b) binnenparlementaire en (c) buitenparlementaire uitlatingen van immuniteitsgerechtigden; gevolgd door (d) een korte opmerking over de parlementaire onschendbaarheid.

a. wanneer raakt de parlementaire immuniteit aan art. 6 EVRM?

Het recht op toegang tot de rechter is niet onbeperkt: de toegang wordt slechts gegarandeerd als een burger de omvang van *zijn* burgerlijke rechten en verplichtingen of de gegrondheid van een *tegen hem* ingestelde vervolging aan de rechter wil voorleggen. Zoals het Hof meermalen heeft overwogen, kent art. 6 EVRM aan slachtoffers van een strafbaar feit niet het recht toe om te eisen dat het OM een strafproces voert tegen de vermoede dader.⁷⁴ Als de parlementaire immuniteit de strafvervolging van een parlementariër blokkeert, kan zijn slachtoffer dus in beginsel niet op grond van art. 6 EVRM eisen dat de parlementariër toch wordt vervolgd.⁷⁵ Daardoor zullen veel gevallen waarin de parlementaire immuniteit een strafzaak blokkeert, buiten het vizier van het EHRM blijven.⁷⁶ De jurisprudentie van het Straatsburgse Hof laat dus, hoe streng zij soms ook is, in ieder geval het strafrechtelijke gedeelte van de parlementaire immuniteit voor een belangrijk deel onaangetast.

Wanneer raakt⁷⁷ de blokkade van een rechtszaak door de parlementaire immuniteit nu wél aan art. 6 EVRM?

73. EHRM 21 februari 1975, app.nr. 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*).

74. EHRM 12 februari 2004, app.nr. 47287/99 (*Perez t. Frankrijk*), r.o. 70; EHRM 11 februari 2010, *EHRC* 2010, 47 (*Syngelidis t. Griekenland*), r.o. 27.

75. De verdachte kan soms wel voortzetting van zijn eigen strafzaak eisen, zie *Kart t. Turkije*. Het is een uitzonderlijke zaak, waar ik niet te diep op in wil gaan, zie ook noot 62.

76. Bovendien zijn er talloze delicten mogelijk zonder concreet slachtoffer, die haast per definitie buiten beeld blijven. Denk bijvoorbeeld aan een parlementariër die wegens onschendbaarheid niet wordt vervolgd voor het doen van een valse belastingaangifte.

77. Voor de duidelijkheid: met 'raken' aan het recht op toegang tot de rechter bedoel ik: een beperking van dat recht opleveren, waarvan het EHRM de rechtmatigheid kan toetsen. Niet elk geval waar de parlementaire immuniteit het recht op toegang tot de rechter in deze zin raakt, levert een verdragsinbreuk op, zie bijv. EHRM 17 december 2002, app.nr. 35373/97 (*A. t. Verenigd Koninkrijk*).

Om te beginnen is dat het geval, als de immuniteit verhindert dat een burger een civiele zaak tegen een parlementariër kan aanspannen, bijvoorbeeld omdat deze burger schadevergoeding wil vorderen voor lasterlijke uitlatingen die in het parlement over hem werden gedaan.⁷⁸ De betreffende burger kan zijn burgerlijke rechten dan niet bij de rechter afdwingen, zodat art. 6 EVRM evident wordt geraakt en het EHRM de toelaatbaarheid van deze blokkade kan toetsen.

Beschermt de immuniteit een parlementariër tegen strafvervolgning, dan blijft, als gezegd, art. 6 EVRM *in beginsel* buiten beeld. Als het nationale recht het slachtoffer echter de mogelijkheid biedt, zich in de strafzaak civiele partij te stellen, komt hem soms binnen die strafzaak wél bescherming van art. 6 EVRM toe. Dat geldt in ieder geval, als civiele partijstelling de enige mogelijkheid is om schadevergoeding te verkrijgen.⁷⁹ De strafzaak strekt dan mede tot het vaststellen van de burgerlijke rechten van het slachtoffer, dat zich daarom kan beroepen op (de civiele 'poot' van) art. 6 EVRM.⁸⁰

Daarnaast suggereren *Tsalkitzis t. Griekenland* en *Syngelidis t. Griekenland* dat de civiele partij in een strafzaak soms zelfs bescherming aan art. 6 EVRM kan ontfangen, als zij ook los van de strafzaak een civiel proces had kunnen aanspannen. In *Syngelidis* overweegt het Hof: 'when the domestic legal order provides an individual with a remedy, such as a criminal complaint with an application to join the proceedings as a civil party, the State has a duty to ensure that the person using it enjoys the fundamental guarantees of Article 6'.⁸¹ In casu kwam aan de door een parlementariër gedupeerde Syngelidis, die zich in de strafzaak tegen deze parlementariër civiele partij stelde, een aanspraak toe op voortzetting van die strafzaak, hoewel voor Syngelidis naar Grieks recht de weg naar de civiele rechter openstond.

In theorie kan de parlementaire immuniteit in strafzaken – naast art. 6 EVRM – ook art. 8 van dat verdrag raken. Het Straatsburgse Hof leidt uit art. 8 EVRM positieve verplichtingen af van de staat, om ten behoeve van

78. Zie bijv. *A. t. Verenigd Koninkrijk*.

79. Zie bijv. *Perez t. Frankrijk* en *Syngelidis t. Griekenland*. Het Hof overweegt dan dat de civiele vordering 'indissociable' is van de strafzaak.

80. Zie ook EHRM 3 juni 2004, *EHRC* 2004, 69 (De Jorio t. Italië), r.o. 18. Het slachtoffer kan zich in dat geval zelfs op zijn recht op toegang tot de rechter beroepen als hij slechts een symbolisch bedrag aan schade claimt en toegeeft dat het hem te doen is om het morele belang van een strafrechtelijke veroordeling; *Syngelidis t. Griekenland*, r.o. 27. Het Hof beschouwt ook het nogal 'morele' recht op bescherming van de eigen reputatie als een 'droit de caractère civil', EHRM 6 december 2005, *EHRC* 2006, 10 (Ielo t. Italië), r.o. 41.

81. *Syngelidis t. Griekenland*, r.o. 45, zie r.o. 24 over de mogelijkheid van een civiele procedure. Vrijwel hetzelfde: EHRM 16 november 2006, *EHRC* 2007, 11 (*Tsalkitzis t. Griekenland*), r.o. 33.

het slachtoffer van een ernstig delict de toedracht daarvan te onderzoeken en zo nodig tot vervolging over te gaan. Dit speelt echter slechts als de lichamelijke integriteit van het slachtoffer ernstig is aangetast.⁸² Zou een parlementariër die verdacht wordt van bijvoorbeeld moord of verkrachting, beschermd worden door parlementaire *onschendbaarheid*, dan zouden zijn slachtoffer of diens nabestaanden op grond van art. 8 EVRM kunnen eisen dat het parlement door opheffing van de onschendbaarheid de weg vrijmaakt voor strafrechtelijke maatregelen. Vooralsnog is dit gelukkig een theoretische kwestie.

b. immuniteit voor binnenparlementaire uittalingen en art. 6 EVRM

Omdat de Britse *parliamentary freedom of speech* sterk vergelijkbaar is met ons art. 71 Gw, is de zaak *A t. Verenigd Koninkrijk* van groot belang voor het Nederlandse recht.⁸³

Het Britse *Member of Parliament* Stern houdt in het Lagerhuis een toespraak over losgeslagen huurders in de sociale woningbouw. Daarbij noemt hij mevrouw A en haar kinderen als verpersoonlijking van deze problematiek. Hij vermeldt haar naam en adres en noemt haar gezin 'neighbours from hell', waarbij hij wangedrag beschrijft van het vernielen van auto's tot brandstichting en drugshandel. Vette koppen in de lokale pers zijn het resultaat. Vervolgens krijgt mevrouw A zelf te maken met neighbours from hell: ze wordt op straat bespuugd en is het slachtoffer van discriminerende scheldpartijen. Uiteindelijk ziet zij zich gedwongen om te verhuizen. Volgens mevrouw A zijn Sterns beschuldigingen niet terecht en heeft hij nooit contact met haar gezocht om ze te verifiëren. Zij wil Stern in een civiel proces aanspreken, maar diens parlementaire immuniteit staat daaraan in de weg. In Straatsburg klaagt zij over schending van art. 6 EVRM. De toepassing van de parlementaire immuniteit doorstaat de Straatsburgse toets zonder moeite, hoewel het Hof Sterns gedrag 'particularly regrettable' noemt. Het Hof redeneert als volgt. Het recht op toegang tot de rechter is niet absoluut, maar onderhevig aan *implied limitations* waarbij de verdragsstaten een zekere *margin of appreciation* genieten. Wel moeten deze beperkingen de kern van het recht intact laten, een legitiem doel dienen en proportioneel zijn.⁸⁴ De Britse parlementaire immuniteit beschermt de parlementaire uitsingsvrijheid en zij versterkt de machtenscheiding en dat zijn legitieme doelen. Juist voor parlementariërs is de vrijheid van meningsuiting van eminent belang, zodat er wel heel zwaarwegende redenen moeten zijn om in te grijpen in de uitsingsvrijheid binnen het parle-

82. Zie bijv. EHRM 26 maart 1985, app.nr. 8978/80 (X en Y t. Nederland). Zie verder Van Kempen 2008.

83. Zie par. 1.1. EHRM 14 december 2002, EHRC 2003, 16 (A. t. Verenigd Koninkrijk).

84. *A. t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 74.

ment.⁸⁵ De parlementaire immuniteit levert daarom geen disproportionele beperking op van de toegang tot de rechter:

[T]he Court believes that a rule of parliamentary immunity, which is consistent with and reflects generally recognised rules within signatory States (...) cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6 § 1 (...). Just as the right of access to a court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by signatory States as part of the doctrine of parliamentary immunity.⁸⁶

Voor Nederland is van belang dat onze niet-ophefbare immuniteit voor binnenparlementaire uitlatingen de Straatsburgse toets doorstaat, zelfs als derden daar evident de dupe van worden. De Hoge Raad neemt deze rechtspraak over in het (al genoemde) geval van de Arubaanse minister die tijdens de Statenvergadering een oppositiedid uitschold.⁸⁷ De betrokkene vroeg de burgerlijke rechter de regeling van de parlementaire immuniteit in de Staatsregeling op basis van art. 6 EVRM buiten toepassing te laten. De Hoge Raad overweegt:

Parlementaire immuniteit zoals hier aan de orde vormt een beperking van het recht op toegang tot de rechter. Zij dient echter een legitiem doel, te weten het beschermen van de vrije meningsuiting in het parlement en handhaving van de scheiding van machten tussen de wetgever en de rechter, vgl. (...) (*A. tegen het Verenigd Koninkrijk*). Met dat doel is niet verenigbaar dat (...) de rechter zich zou begeven in een beoordeling van de – in dit geval: civielrechtelijke – toelaatbaarheid van in het parlement gedane uitingen, welke dan ook.

Art. 71 Gw en de decentrale immuniteitsregelingen blijven dus ruim buiten de gevarenzone.

c. immuniteit voor buitenparlementaire uitlatingen en art. 6 EVRM

De afgelopen tien jaar werd Italië verschillende malen veroordeeld voor de toepassing van immuniteit voor uitlatingen die parlementariërs buiten het parlement deden. Deze rechtspraak is van belang voor enkele nog te bespreken voorstellen om ook in Nederland buitenparlementaire uitlatingen van parlementariërs onder de immuniteit te brengen.⁸⁸

Zoals in de rechtsvergelijkende paragraaf al werd aangestipt, is de

85. Idem, r.o. 78-79.

86. Idem, r.o. 83.

87. HR 17 juni 2011, *NJ* 2011, 450, *AA* 2012, 928, zie par. 1.2.

88. Zie par. III.1.

Italiaanse immuniteitsregeling geïnspireerd op het Franse oervoorbeeld uit 1791. De eerste component van deze immuniteit – de parlementaire niet-aansprakelijkheid – is sterk verwant aan ons art. 71 Gw, alleen beschermt hij naar zijn Franse én Italiaanse formulering niet de uitlatingen die parlementariërs doen binnen de parlementaire vergadering, maar de opinies die zij uiten ‘in de uitoefening van hun functie’.⁸⁹ Dit criterium leent zich voor een materiële interpretatie, en de bevoegde ambten maken in Italië ook gebruik van deze mogelijkheid. Men gaat ervan uit, dat er ook sprake is van ‘vervulling van de parlementaire functie’ als een parlementariër *buiten* het parlement uitlatingen doet met een politiek karakter.⁹⁰ De eigen kamer van de parlementariër kan bindend verklaren dat een buitenparlementaire uitlating deel uitmaakt van zijn parlementaire functie-uitoefening, wat ook geregeld gebeurt.⁹¹ Daardoor worden in Italië veel buiten-parlementaire interviews, toespraken etcetera onder de bescherming van de parlementaire niet-aansprakelijkheid gebracht, met als gevolg dat de betreffende parlementariër daarvoor (ook na afloop van zijn mandaat) immuniteit geniet.⁹²

Cordova t. Italië is het eerste van vier arresten over deze uitbreiding van de parlementaire niet-aansprakelijkheid tot buiten-parlementaire uitlatingen. Cordova kan geen smaadzaak aanspannen tegen senator Cossiga, van wie hij een aantal uiterst beledigende brieven ontving, omdat de Italiaanse senaat heeft bepaald dat deze uitlatingen vanwege hun politieke karakter deel uitmaken van de uitoefening van Cossiga’s parlementaire functie. Het Hof herhaalt, dat de immuniteit die staten in verschillende varianten aan hun parlementariërs toekennen, legitieme doelen dient.⁹³ Ook het toekennen van immuniteit voor buitenparlementaire uitlatingen kan dus in abstracto door de beugel, een uitgangspunt waar het Hof in latere rechtspraak aan vast houdt. In hetzelfde arrest constateert het echter dat *in casu* een duidelijk verband ontbrak tussen het door de immuniteit gedekte gedrag (buiten het parlement per brief beledigen van een ambtenaar) en de parlementaire functie-uitoefening. Senator Cossiga’s gedrag was ‘more consis-

89. Art. 68 lid 1 Italiaanse grondwet: ‘I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse (...) nell’esercizio delle loro funzioni’ (Cursivering toegevoegd). Vgl. het in par. I.1 geciteerde art. 7 van de Franse Constitution 1791 dat de Italianen bijna woordelijk hebben overgenomen. Overigens hebben sommige landen die het Franse model volgen de niet-aansprakelijkheid wel degelijk beperkt tot binnenparlementaire uitlatingen, zie bijv. art. 57 van de Deense grondwet. Zie ook par. I.1.

90. EHRM 30 januari 2003, app. nr. 40877/89 (*Cordova t. Italië*), r.o. 25.

91. Idem, r.o. 22-24.

92. Deze buiten-parlementaire uitlatingen worden immers onder het regime gebracht van de parlementaire niet-aansprakelijkheid, die in Italië zoals in de meeste landen niet ophefbaar is en voortduurt na afloop van het kamerlidmaatschap.

93. *Cordova t. Italië*, r.o. 55.

tent with a personal quarrel.’ Daarom was er onvoldoende grond om de immuniteit *in dit geval* te handhaven. Italië wordt veroordeeld wegens schending van art. 6 EVRM.

Latere zaken bouwen op *Cordova t. Italië* voort. De beoordeling door het Hof valt het best te benaderen als een drietrapsraket,⁹⁴ hoewel het Hof de hierna door mij onderscheiden tweede en derde stap vaak in één sprong neemt.

Bij beoordeling van de toepassing van parlementaire immuniteit in een concrete zaak beziet het Hof eerst, of de door immuniteit gedekte handeling kan worden beschouwd als een uitoefening van de parlementaire functie *strictu sensu*.⁹⁵ Deze parlementaire functie vervulling in strikte zin correspondeert met het beschermingsgebied van ons art. 71 Gw: het gaat om de deelname aan het debat *binnen een legislative chamber*.⁹⁶ De nationale staat geniet een ruime *margin of appreciation* bij de vraag of daarvoor immuniteit wordt toegekend. De toepassing van immuniteit voor binnenparlementaire uitlatingen levert daarom *de facto* steeds een gerechtvaardigde beperking van art. 6 EVRM op, zoals ook al bleek uit *A. t. Verenigd Koninkrijk*.

Ten tweede. Uitlatingen van een parlementariër buiten zijn *legislative chamber* worden door het Hof niet beschouwd als behorend tot de parlementaire functie-uitoefening ‘in strikte zin’. Geniet een parlementariër toch immuniteit voor een buitenparlementaire uitlating, dan beziet het Hof of er een duidelijk verband (*clear connection*) bestaat tussen deze uitlating en de parlementaire functie. Als dat het geval is, wordt de nationale staat – in theorie – eveneens een ruime *margin of appreciation* vergund, zodat de toekenning van immuniteit dan in beginsel steeds geoorloofd zal zijn.⁹⁷

Het Hof laat zich er echter niet of nauwelijks van overtuigen dat buitenparlementaire uitlatingen in voldoende duidelijk verband staan met de parlementaire functie. Dit komt pregnant naar voren in *Cofferati t. Italië*. Bossi, minister en kamerlid, beroept zich op zijn immuniteit voor een radio-interview waarin hij een vakbond moreel verantwoordelijk houdt voor de

94. Zie voor een beknopt overzicht ook Verhey 2012, p. 257. Overigens onderscheidt het Hof de drie stappen niet altijd even precies als ik dat hier doe, zie bijv. *De Jorio t. Italië*, r.o. 29; EHRM 6 december 2005, EHRC 2006, 10 (Ielo t. Italië), r.o. 49. De hier onderscheiden stappen maken de materie inzichtelijker, lijkt mij.

95. Zie o.a. *Cordova t. Italië*, r.o. 62; *Cofferati t. Italië*, r.o. 72.

96. ‘Chambre législative’, zie o.a. *De Jorio t. Italië*, r.o. 29; *Ielo t. Italië*, r.o. 49.

97. Weliswaar oordeelde het Hof nog nooit dat extraparlamentair handelen wel duidelijk verband hield met de parlementaire functie, maar het toetsingskader noopt tot deze conclusie over de daarbij bestaande ruime *margin of appreciation*. Zie bijvoorbeeld *Cordova t. Italië*, r.o. 63: ‘The lack of any clear connection (...) requires the court to adopt a narrow interpretation of the concept of proportionality’ (cursivering RS).

moord op een regeringsadviseur. Deze moord veroorzaakte veel maatschappelijke onrust; Bossi sprak dus met de pers over een zaak van groot politiek belang. Toch ontbreekt volgens het Hof de *clear connection* met de uitoefening van Bossi's parlementaire functie, en wel omdat uit de notulen van de parlementaire vergadering blijkt dat Bossi niets over deze kwestie zei, toen zij binnen de kamer aan de orde was.^{98 99} In de reeds genoemde zaak-Cordova ontbrak volgens het Hof zelfs een *clear connection* tussen de parlementaire functie van senator Cossiga en de door hem aan officier van justitie Cordova verstuurde brieven, hoewel de senator eerder kamervragen had gesteld over het functioneren van de betreffende officier.¹⁰⁰

Ten derde. Ontbreekt een duidelijk verband tussen de door immuniteit gedekte handelingen en de parlementaire functie – wat in de hier besproken Italiaanse zaken steeds het geval was – dan valt het Hof terug op een ‘narrow interpretation of the concept of proportionality’.¹⁰¹ Er volgt een strenge, op de concrete omstandigheden toegespitste toetsing. Hoewel het uitgangspunt blijft, dat parlementaire immuniteit voor buitenparlementaire uitlatingen *in abstracto* door de beugel kan (zie hiervoor), beziet het Hof bij dit derde type uitlatingen uiterst kritisch of de toepassing daarvan in concreto voldoende bijdroeg aan de doelen van de parlementaire immuniteit. Die eventuele bijdrage moet opwegen tegen de inbreuk op de toegang tot de rechter. Alle mij bekende zaken waarin deze strenge toets werd verricht, leidden tot een veroordeling.¹⁰²

d. *parlementaire onschendbaarheid en art. 6 EVRM*

Tot slot een korte opmerking over de blokkade van strafrechtelijke procedures door parlementaire *onschendbaarheid*. Om redenen, uiteengezet onder a, kan het slachtoffer van een strafbaar feit dat een parlementariër

98. EHRM 24 februari 2009, EHRC 2009, 51 (Coferrati t. Italië), r.o. 72. Vgl. *De Jorio t. Italië*: uitlatingen in de krant over een politieke tegenstander van een senator vinden plaats buiten de kamer en lijken veel meer ‘une querelle entre particuliers’. Zo ook *Ielo t. Italië*, r.o. 49: geen *clear connection* bij door een parlementariër in de krant geuite kritiek op een officier van justitie, omdat beide betrokkenen voormalige collega's zijn die al langer ruzie hadden.

99. Dit is dan ook zeer tegen de zin van dissenters Sajó en Karaks, die vinden dat Bossi met zijn uitlatingen bijdroeg aan ‘un débat d'intérêt public’ dat daarmee ‘étroitement lié’ zou zijn aan de parlementaire functie, zodat het Italiaanse parlement een ruime *margin of appreciation* had moeten krijgen bij zijn oordeel dat die uitlatingen onder de immuniteit vielen.

100. *Cordova t. Italië*, r.o. 61.

101. Zie *Cordova t. Italië*, r.o. 63; *Coferrati t. Italië*, r.o. 74; *De Jorio t. Italië*, r.o. 30; *Ielo t. Italië*, r.o. 50.

102. Een veroordeling volgde in: *Cordova t. Italië*; *De Jorio t. Italië*; *Ielo t. Italië* en *Coferrati t. Italië*.

(los van de uitoefening van zijn parlementaire functie) heeft begaan, bij uitzondering toch art. 6 EVRM inroepen als de eigen kamer van de parlementariër diens onschendbaarheid niet opheft.

In de twee gevallen waar het Straatsburgse Hof (de niet-opheffing van) de onschendbaarheid toetst aan het recht op toegang tot de rechter, wordt in grote lijnen hetzelfde toetsingskader toegepast als in *Cordova t. Italië*, welk toetsingskader dus werd ontwikkeld ten aanzien van immuniteit voor buitenparlementaire uittalingen.

Zo klaagde de Griek Tsalkitzis over het niet-opheffen van de onschendbaarheid van een voormalig burgemeester, inmiddels kamerlid, die in zijn functie als burgemeester aan klager Tsalkitzis een groot bedrag aan smeer-geld had gevraagd. Ook deze vorm van de parlementaire immuniteit is volgens het Hof 'de façon générale' niet in strijd met art. 6 EVRM.¹⁰³ In de concrete zaak wordt art. 6 EVRM echter wel geschonden. Weliswaar vervalt de parlementaire onschendbaarheid (anders dan parlementaire niet-aansprakelijkheid) na afloop van het parlementaire mandaat, maar dat neemt niet weg dat deze immuniteitsvorm in de praktijk heel lang kan voortduren, omdat de grondwet het aantal malen dat een parlementariër kan worden herkozen, niet begrenst. Op den duur komt zo de bewijsgaring in de knel.¹⁰⁴ Ook hier is daarom een strenge toetsing geboden. De beoordeling verloopt als volgt. Het gewraakte handelen van de parlementariër vond buiten het parlement plaats. Omdat een en ander zich zes jaar voor diens verkiezing tot volksvertegenwoordiger afspeelde, houdt het vident geen verband met de uitoefening van zijn parlementaire functie.¹⁰⁵ Daarom verricht het Hof een strenge proportionaliteitstoets, die in casu leidt tot de constatering dat art. 6 EVRM is geschonden.¹⁰⁶

Zelfs (de niet-opheffing van) parlementaire onschendbaarheid is dus niet geheel veilig voor toetsing aan art. 6 EVRM, al mag worden aangenomen dat de meeste gevallen waarin strafzaken op deze vorm van immuniteit

103. *Tsalkitzis t. Griekenland*, r.o. 45.

104. *Tsalkitzis*, r.o. 50.

105. Vgl. *Syngelidis t. Griekenland*: het frustreren van een omgangsregeling tussen ex-echtgenoten met hun kinderen staat niet duidelijk in verband met de uitoefening van de parlementaire functie, maar is 'more consistent with a personal quarrel between an ex-couple'. Volgen een strenge proportionaliteitstoets en een veroordeling.

106. In *Kart t. Turkije* bleek de niet-opheffing van de onschendbaarheid wel door de beugel te kunnen. Daarin vroeg echter een parlementariër zelf (tevergeefs) om opheffing van zijn immuniteit. Het Hof verricht geen driestaps-toets, maar concludeert na een zeer abstracte beoordeling dat het niet-opheffen van de immuniteit toelaatbaar was. Wat men daar ook van moge vinden: niet opheffen van parlementaire immuniteit is toch een geheel andere zaak tegenover iemand die zelf het volksvertegenwoordigerschap verwerft dan tegenover derden die aan die keuze part noch deel hebben gehad, zoals het Hof in r.o. 106 ook overweegt. Mede omdat in parlementariërs in Nederland de immuniteit voor hun binnenparlementaire uittalingen toch kunnen omzeilen (zie par. 1.2 onder d) en omdat het een uitzonderlijke casus is, laat ik de zaak verder buiten beschouwing.

afstuiten, niet aan het toepassingsgebied van dat artikel raken. Omdat in Nederland niemand voorstelt een parlementaire onschendbaarheid naar Franse snit in te voeren, hoeven wij ons over deze kwestie niet al te druk te maken.

II. Doelen van parlementaire immuniteit

In de vloed aan nationale en internationale literatuur over de parlementaire immuniteit worden doorgaans twee doelen daarvan benadrukt: (II.1) zij verzekert dat geen enkele deelnemer aan het parlementaire debat hoeft te vrezen dat zijn woorden voor hem persoonlijk juridische consequenties zullen meebrengen en (II. 2) zij waarborgt de scheiding der machten.¹⁰⁷ Ook voor het Straatsburgse Hof zijn dit de twee legitieme doelen van de parlementaire immuniteit.¹⁰⁸ Beide doelen worden hier aan een nadere beschouwing onderworpen. Daarbij ligt de nadruk op de doelen van de immuniteit die in de rest van dit preadvies centraal staat: de vrijwaring van aansprakelijkheid voor binnenparlementaire uitingen. Ook de parlementaire onschendbaarheid wordt echter kort aangestipt.

II.1 Een onbevreesd debat in het parlement

Naar de bekende woorden van Oud moet een parlementariër ‘niet door vrees voor de rechter worden weerhouden datgene te zeggen, wat hij meent in het openbaar belang te moeten uitspreken.’¹⁰⁹

Het parlement is controleur van de regering en medewetgever, en daarmee verricht het twee uiterst belangrijke taken in het staatsbestel. Voor een goede vervulling daarvan is cruciaal dat daarbij alle ook maar enigszins relevante ideeën, alle zinvolle argumenten en alle relevante informatie op tafel kunnen komen. De parlementaire immuniteit verzekert dat de rechter daaraan niet in de weg staat. Parlementariërs worden gevrijwaard van iedere angst voor strafvervolgning of voor schadeclaims vanwege hun uitingen in het parlement. Dat draagt eraan bij dat het parlement goed geïnformeerd besluit; het algemeen belang is daarmee zeer gediend.

Bovendien kunnen door immuniteit beschermde volksvertegenwoordigers in het parlement onbekommerd de stem van hun ‘achterban’ laten spreken, wat aanhangers van andere politieke of maatschappelijke stromingen daar ook van mogen vinden. Zo wordt het democratisch karakter

107. Oud 1967, p. 597; Van Sintmaartensdijk 2011, p. 2089; Broeksteeg 2012, p. 251; Munneke 2012, Nehmelman 2011, p. 335. Curieus is dat de toelichting op de Grondwet van 1983 geen woord aan deze doelen wijdt. Kennelijk vond men deze evident.

108. Zie *A. t. Verenigd Koninkrijk*, par. 1.4.

109. Oud 1967, p. 597.

van het staatsbestel versterkt: uiteenlopende maatschappelijke denkrichtingen kunnen in 's lands vergaderzaal hun eigen geluid laten horen, zonder dat hun met gerechtelijke procedures de mond wordt gesnoerd.¹¹⁰

Elzinga wijst bovendien terecht op de omstandigheid, dat het signaleren van misbruik en misstand behoort tot de 'klassieke' taken van volksvertegenwoordigers.¹¹¹ Een volksvertegenwoordiger die (door hem gepercipieerde) maatschappelijke misstanden aan de kaak stelt, komt bijna per definitie in botsing met personen en instanties die belang hebben bij de status quo. In een tijd waarin burgers zich snel bij de rechter verzetten tegen hun aangedane kwetsingen of toegebrachte schade, kan de dreiging van processen en schadeclaims een reële belemmering vormen voor het uitoefenen van deze parlementaire functie. De parlementaire immuniteit zorgt ervoor dat de parlementariër zich *in* het parlement onbekommerd kan blijven uitspreken tegen alles wat hij als maatschappelijk onrecht beschouwt.¹¹²

Bij dit eerste doel van de parlementaire immuniteit past overigens een kanttekening. Zelfs wie onderschrijft dat het parlementaire debat onbevoerd moet plaatsvinden, kan zich toch de vraag stellen, of daartoe werkelijk een bot en grof middel als een immuniteit is vereist. Zou de 'algemene' uitingsvrijheid parlementariërs niet voldoende beschermen? De recente rechtspraak over uittingsdelicten laat immers nauwelijks een andere conclusie toe dan dat in Nederland alles wat ook maar in de verte valt te kenschetsen als een bijdrage aan enig maatschappelijk debat en wat niet neerkomt op een onverbloemde scheldpartij, gewoon gezegd mag worden.¹¹³ In het huidige juridische klimaat zouden parlementariërs waarschijnlijk ook zonder art. 71 Gw weinig van de rechter te duchten hebben.¹¹⁴ Toch pleit ik niet voor het inperken van de parlementaire immuni-

110. Niet alle auteurs onderschrijven de beide hier genoemde doelen. Zo ziet Bovend'Eert de parlementaire immuniteit vooral als een uitvloeisel van de machtenscheiding, waardoor het altijd noodzakelijke toezicht op het geschreven en gesproken woord *binnen* het parlement niet door de rechter, maar door de Kamervoorzitter wordt verricht. Aan de parlementaire uitingsvrijheid wijdt hij geen beschouwingen (Bovend'Eert 2011).

111. Elzinga 1990, p. 133.

112. Overigens: wie dit eerste doel van de parlementaire immuniteit onderschrijft, gaat daarmee uit van de – zelden geëxpliciteerde – verwachting dat de Kamervoorzitter, die toezicht houdt in plaats van de rechter, op zijn beurt niet zó streng optreedt, dat hij parlementariërs alsnog voortdurend de mond snoert. Die verwachting wordt in de praktijk bewaarheid.

113. Zie bijv. de uiterst ruim getrokken grenzen van de uitingsvrijheid in Rb. Amsterdam 23 juni 2011, AA 2012, 290 (Wilders); HR 10 maart 2009, NJ 2010, 19 (Giezwel); HR 9 januari 2001, AB 2001, 303 (Van Dijk).

114. Dat neemt overigens niet weg dat van de mogelijkheid dat er allerlei procedures kunnen worden opgestart, nog altijd een behoorlijk *chilling effect* kan uitgaan.

teit.¹¹⁵ Er zijn wel meer fundamentele staatsrechtelijke waarborgen – het verbod op foltering en rassendiscriminatie, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, het vereiste van geheime verkiezingen om er eens een paar te noemen – die in rechtsstatelijk zonnige perioden nogal voor zich spreken, maar die niettemin in het constitutionele recht zijn verankerd in de hoop dat daarvan ook (of juist) een beschermende werking uitgaat als de rechtsstaat in zwaarder weer komt te verkeren. Zo kan ook de parlementaire immuniteit worden gezien. Het is een oeroud instrument dat de parlementaire democratie beschermt. Zo'n beproefd instrument moet ook in tijden dat het een vanzelfsprekendheid lijkt, niet te lichtvaardig overboord gezet worden.

II.2 De scheiding der machten

De parlementaire immuniteit dient bovendien de scheiding der machten. Dit heeft verschillende facetten.

a. bescherming tegen de rechter

Wie een 'gouvernement des juges' wil voorkomen, zal het geen vreemde gedachte vinden dat niet de rechterlijke macht, maar de volksvertegenwoordiging zelf de grenzen van het parlementaire debat bepaalt. Als zelfstandige staatsmacht stelt het die grenzen vast in zijn ordereglement, en laat ze door de zelfbenoemde voorzitter bewaken. Het feit dat deze voorzitter een politicus is, schept de verwachting dat hij voeling zal hebben met de politieke realiteit en een goede inschatting kan maken van wat er in de politieke arena wel en niet door de beugel kan. Zo bewaakt het parlement de orde in eigen huis; de parlementaire immuniteit beschermt die onafhankelijke positie van het parlement en zijn voorzitter tegen mogelijke bemoeizucht van de rechter.

b. bescherming van de rechter

Niet onbelangrijk lijkt mij, dat de parlementaire immuniteit ook kan dienen tot bescherming van de rechter. Zonder de parlementaire immuniteit kan de rechter nog meer dan soms al het geval is, in politieke strijdvragen betrokken raken. Velen staan bij dat vooruitzicht niet te juichen. Het gezag van de rechter en daarmee de cruciale maatschappelijke acceptatie van zijn uitspraken lijkt ermee gediend als bij publiek en politiek de overtuiging bestaat dat de rechter er voor iedereen is. Hij is een politiek neutrale functionaris die onpartijdig en zo objectief mogelijk oordeelt op basis van voor

¹¹⁵. Zie ook par. IV.1 en IV.2.

iedereen geldende rechtsregels, in plaats van te oordelen op grond van politieke overwegingen. Zou de rechter te vaak politieke strijdvragen beslechten, dan zou bij het publiek wellicht het beeld kunnen ontstaan dat de rechter gemene zaak maakt met het ene politieke 'kamp' ten koste van het andere, waarbij die indruk, vrees ik, kan ontstaan ongeacht de uitspraak die de rechter doet. Ook als dat beeld niet terecht is, kan het echter wel degelijk het gezag van de rechter aantasten. De vervolging van een Kamerlid voor zijn politieke uitspraken kan de rechter dan ook in een zeer netelige positie brengen, want hij 'ontkomt er niet aan dat zijn oordeel als politiek oordeel wordt geëvalueerd'.¹¹⁶

Dankzij de parlementaire immuniteit blijft deze kritiek de rechter (ten dele) bespaard. Hem wordt geen oordeel gevraagd over de rechtmatigheid van uitspraken tijdens het parlementaire debat, uitspraken dus die worden gedaan in het heetst van de politieke strijd, en daardoor tot de politiek meest explosieve geschillen behoren. De rechter kan de netelige vraag waar in het parlementaire debat de grens van het toelaatbare ligt, terugschuiven op het bordje van de politieke ambten. Zij zijn zelf verantwoordelijk voor het bewaken en bewaren van het aanzien van de politiek.

c. bescherming van de volksvertegenwoordiger tegen de executieve

bescherming tegen vervolging wegens parlementaire uitspraken

Het tot de executieve behorende Openbaar Ministerie bezit het vervolgingsmonopolie in strafzaken. Tegelijkertijd moet diezelfde executieve door de parlementariërs gecontroleerd kunnen worden. De parlementaire immuniteit voorkomt dat de executieve zijn vervolgingsmacht misbruikt om parlementariërs voor kritische uitspraken in het parlement in rechte te betrekken. Daardoor kunnen parlementariërs de executieve binnen het parlement ter verantwoording roepen zonder angst voor strafvervolging. Het spreekt voor zich, dat dit de effectiviteit van de democratische controle op de uitvoerende macht ten goede komt.

onschendbaarheid voor handelen dat losstaat van de parlementaire functie

De bescherming tegen de executieve gaat veel verder in landen met een parlementaire onschendbaarheid. De vervolgingsbevoegdheid biedt aan een *corrupte* uitvoerende macht een uitgelezen mogelijkheid om te kritische parlementariërs uit de weg te ruimen met opgeklopte beschuldigingen en vals bewijs over delicten die niets met het parlementaire werk van doen hebben. Het is in landen (of tijden) met een rauwer maatschappelijk klimaat dan hier bovendien niet uitgesloten, dat reeds de omstandigheid dat

116. Buruma 2008, p. 750. Hij spreekt over vervolging van Kamerleden voor buitenparlementaire uitspraken, maar wat hij zegt geldt natuurlijk nog sterker bij vervolging wegens toespraken in het parlement.

de executieve met vervolging kan *dreigen*, een afschrikwekkend effect heeft. Als vervolging van een parlementariër pas mogelijk is na toestemming van de eigen kamer kan dat de schrik voor de uitvoerende macht aanzienlijk verminderen.

Opgemerkt moet worden dat een parlementariër weinig van de executieve heeft te vrezen zolang de rechterlijke macht onafhankelijk functioneert en haar werk goed doet. In fatsoenlijke rechtsstaten lijkt de parlementaire onschendbaarheid haar functie daarom voor een belangrijk deel verloren te hebben. Hier te lande pleit dan ook niemand voor het invoeren van een parlementaire onschendbaarheid; ik zal dat in het vervolg van dit preadvies ook niet doen.

Nu kan men – in landen waar de onschendbaarheid van oudsher toch al in de grondwet verankerd is – ook deze vorm van parlementaire immuniteit zien als laatste waarborg voor mindere tijden. In een land of tijdperk met een slecht functionerende rechtsstaat lijkt de parlementaire onschendbaarheid geen overbodige luxe, zeker als de rechterlijke macht niet meer onafhankelijk kan functioneren. Overigens zou ook in zo'n tijd of land de beschermende werking van de parlementaire onschendbaarheid kunnen tegenvallen. Zij kan immers altijd met toestemming van een meerderheid van de parlementaire collega's worden opgeheven. Is de rechtsstatelijke *Verelendung* zover voortgeschreden dat de executieve er niet meer voor terugdeinst om parlementariërs met het strafrecht te ecarteren, dan zal zij ook wel een stevige greep hebben op de meerderheid van de parlementariërs.¹¹⁷ Die meerderheid zou zich dan aan de zijde van de executieve tegen een parlementaire minderheid kunnen keren, waarmee de waarborg van voorafgaande parlementaire toestemming voor strafvervolging een lege huls wordt.¹¹⁸

De parlementaire onschendbaarheid moet vooral historisch worden begrepen: in de tijd dat het parlement macht en bevoegdheden veroverde op de vorst en daardoor als staatsmacht tegenover die vorst kwam te staan, was het van belang dat die vorst zijn vervolgingsapparaat pas tegen een volksvertegenwoordiger mocht inzetten na verlof van zijn medeparlementariërs. Die waarborg veronderstelt echter een parlement met onderling uiterst collegiale parlementariërs die *en bloc* hun positie bevechten op de executieve. Dat lijkt iets uit voorbije tijden.

balans

Aan de parlementaire immuniteit worden doorgaans twee doelen toegeschreven: het beschermen van een onbevreesd parlementair debat en het

117. Wereldwijd bevatten de meeste staatssystemen elementen van een parlementaire democratie met daarin functionerende politieke partijen. Daarbij zullen partijgenoten van de regering vaak (bij een presidentieel stelsel) of altijd (bij een parlementair stelsel) de meerderheid binnen het parlement bezetten.

118. Over dit aan ophefbare immuniteit inherente gevaar Nehmelman 2010, p. 22.

bevorderen van de scheiding der machten. Deze doelen zijn van harte te onderschrijven. Weliswaar worden zij in ons huidige rechtssysteem grotendeels verzekerd door de ruime 'algemene' uitsluitingsvrijheid en de onafhankelijkheid en professionaliteit van onze rechterlijke macht, maar dat neemt niet weg dat de parlementaire immuniteit, zoals wel meer beproefde constitutionele waarborgen, zuinig bewaard zou moeten worden voor tijden dat het staatsbestel in zwaarder weer geraakt. Bovendien is de scheiding der machten ook in een moderne samenleving gebaat bij de parlementaire immuniteit, die het parlement alléén verantwoordelijk maakt voor het bewaken van de orde in eigen huis en de rechter buiten parlementaire ruzies houdt.

III. De vruchten van de parlementaire immuniteit: voorstellen tot uitbreiding

Wie de doelen van de parlementaire immuniteit onderschrijft, kan zich de vraag stellen of het niet vruchtbaar zou zijn, deze immuniteit in Nederland verder te versterken. Enkele mogelijkheden daartoe worden hier nader beschouwd. Eerst komt een mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van de parlementaire immuniteit aan bod; daarna volgt een beschouwing over de mogelijkheden om aan de parlementaire immuniteit 'uitstralende werking' buiten het parlement te verlenen en tot slot wordt bezien, of de immuniteit zou moeten beschermen tegen buitengerechterlijke sancties.

III.1 Uitbreiding van het toepassingsgebied van de parlementaire immuniteit

De onmiskenbaar fellere toon waarop de afgelopen jaren in ons land wordt gediscussieerd en de strafzaak tegen de politicus Wilders¹¹⁹ zullen eraan hebben bijgedragen dat recent van verschillende zijden voorstellen werden gedaan om het beschermingsgebied van art. 71 Gw uit te breiden.¹²⁰ De constitutionalist Peters en Nehmelman en de politici Halsema en (aanvankelijk) Van den Berg kwamen met in de kern vergelijkbare voorstellen: zij willen strafrechtelijke immuniteit verlenen 'voor politieke uitlatingen van een volksvertegenwoordiger buiten het parlementaire debat'.¹²¹ Nehmelman, die zijn voorstel het verst uitwerkt, stelt voor deze nieuwe

119. Rb. Amsterdam 23 juni 2011, 44 2012, 290 (Wilders).

120. Overigens bracht het fellere debat anderen juist tot pleidooien om de immuniteit te beperken. Zie par. IV.

121. Zie Nehmelman 2010, p.15 en Nehmelmann 2011; Halsema 2011 en Peters 2010, p. 330. Zie voorts Van den Berg 2010. De laatste kwam daarop terug in Van den Berg 2011.

immuniteit ophefbaar te maken met een besluit van een versterkte meerderheid van drie vijfden of twee derden van de Kamergenoten.

Overigens vereist de verwezenlijking van deze plannen een grondwetswijziging. Sinds haar invoering in 1848 heeft de Grondwetgever de immuniteitsbepaling enkele malen aangepast,¹²² maar daarbij is haar beschermingsgebied altijd tot het parlementaire debat beperkt gebleven. Het ontbreken van een vorm van immuniteit voor buitenparlementaire gedragingen lijkt daarmee een tamelijk bewuste keuze van de grondwetgever.¹²³ De gewone wetgever kan daar mijns inziens niet omheen.¹²⁴

Ik bespreek eerst de argumenten die vóór, daarna de argumenten tegen een dergelijke grondwetswijziging.

argumenten voor

Ten eerste draagt de uitbreiding bij aan de interne consistentie van het rechtssysteem, althans, dat lijkt zij te doen (zie hierna). Naar huidig recht kan een volksvertegenwoordiger binnen het parlement zonder risico op vervolging zeggen wat hij wil, terwijl hij dat risico onmiddellijk loopt zodra hij zichzelf daarbuiten herhaalt. Peters betitelt dat vrij kernachtig als 'raar'.¹²⁵ Inderdaad is het op het eerste gezicht consistent als een Kamerlid dezelfde woorden altijd onbevreesd kan uitspreken, ongeacht waar hij dat doet. Moderne media versterken dit idee. Alle belangrijke Kamerdebatten zijn live op internet te volgen, en de meest prikkelende uitspraken daaruit kunnen binnen de kortste keren op tientallen nieuwsportals opnieuw worden afgespeeld.¹²⁶ Juist de meest omstreden beeldfragmenten bereiken een groot publiek, en daarbij zal de kijker zich vaak nauwelijks realiseren of er nu binnen of buiten het parlement gesproken wordt. Daarmee vervaagt het onderscheid tussen binnen- en buitenparlementaire toespraken en debatten, in ieder geval voor het algemene publiek. Dat maakt een ingrijpend juridisch onderscheid tussen beide politieke sferen minder evident.

122. Zie Nehmelman 2010, p. 8-12, zie ook Kortmann 2012, p. 223.

123. Dat is overigens niet in de parlementaire geschiedenis te vinden.

124. Idem Van den Berg 2011, nog iets stelliger Bovend'Eert 2011, p. 45. Nehmelman 2010 betoogt dat buitenparlementaire uitingsdelicten van parlementariërs ambtsmisdrrijven zijn, die daarom onder de speciale regeling van art. 119 Gw vallen. Hij wil zo een regeling creëren die neerkomt op een ophefbare immuniteit voor buitenparlementaire uittalingen. Het is een creatief, maar in mijn ogen wat gekunsteld betoog.

125. 'Immuniteit moet breder', interview in *Trouw*, 5 juli 2008.

126. De Morree 2010, p. 37, wijst erop dat politici door live-uitzendingen van Kamerdebatten op internet tegenwoordig rechtstreeks vanuit de Kamer hun achterban kunnen bereiken. Daardoor zou de behoefte aan immuniteit voor buitenparlementaire uittalingen wellicht zelfs kleiner zijn dan vroeger.

Ten tweede. De parlementaire immuniteit beschermt de uitingsvrijheid in het parlement en zij dient de scheiding der machten. Als deze doelen zo belangrijk zijn dat zij een immuniteit binnen het parlement rechtvaardigen, dan rijst de vraag waarom dat buiten het parlement niet het geval zou zijn. Van een immuniteit voor buitenparlementaire uitingen zouden immers deels dezelfde vruchten geplukt worden, zeker in onze multimediale samenleving waar het politieke debat op talloze plaatsen in het land en op het internet wordt gevoerd en voortdurend intensief onder de aandacht van het publiek wordt gebracht. Ook als een volksvertegenwoordiger aan dit buitenparlementaire debat deelneemt, zou een immuniteit zijn uitingsvrijheid vergroten en kunnen bijdragen aan de machtscheiding.¹²⁷

Er is dus wel wat te zeggen voor de bepleite uitbreiding: het lijkt consistent(er) als de parlementariër buiten het parlement ongestraft dezelfde woorden kan spreken als daarbinnen en bovendien worden de met de vigerende regeling gediende doelen nog verder gerealiseerd als de parlementariër ook immuun is bij debatten 'in het wild'. Toch pleiten sterke argumenten tegen deze uitbreiding.

argumenten tegen

Ten eerste. Immuniteit van volksvertegenwoordigers in het buitenparlementaire debat schept een nieuwe vorm van inconsistentie die mij ernstiger lijkt dan de inconsistentie die zij wegneemt. Zouden volksvertegenwoordigers ook buiten het parlement immuniteit genieten voor hun (politieke¹²⁸) uitingen, dan zouden zij buiten het parlement consequent worden voorgetrokken ten opzichte van opiniemakers, journalisten, kandidaat-Kamerleden, columnisten en andere ambteloze burgers die zich in de publieke discussie mengen.¹²⁹ Een politicus zou, bij wijze van spreken, de Koran een fascistisch boek mogen noemen, maar een beledigde imam zou niet mogen repliceren dat het partijprogramma van de betreffende politicus net een NSB-krantje is.¹³⁰

127. Dat geldt natuurlijk niet voor het (niet onbelangrijke) facet van de ordehandhaving in eigen huis; beide andere facetten van de machtscheiding zijn er wel mee gebaat. Zie par. II.2.

128. Een extra probleem ontstaat als deze uitbreiding niet voor alle, maar slechts voor 'politieke' uittalingen buiten het parlement zou komen te gelden, zoals Nehmelman 2010, p. 15 voorstelt. Het onderscheid met overige uittalingen is glibberig. De reeds besproken Straatsburgse arresten over de Italiaanse immuniteit voor buitenparlementaire uittalingen illustreren dit. Deze immuniteit geldt immers voor uittalingen die een duidelijk politiek karakter hebben. Uit de vier arresten rijst het beeld, dat de grens onscherp is en aanleiding geeft tot gesteggel tussen parlement, constitutionele rechter en EHRM. Vgl. par. IV.1 over een vergelijkbaar probleem bij inperking van de parlementaire immuniteit op inhoudelijke gronden. Vgl. Broeksteeg 2012.

129. Jurgens 2010; Nieuwenhuis 2010, p. 22.

130. Dit argument wordt duidelijk verwoord door Jurgens 2010.

Nu moet worden toegegeven dat ook de huidige immuniteitsregeling gewone burgers enigszins achterstelt bij volksvertegenwoordigers: de laatsten beschikken immers over een vrijplaats waar zij buiten het bereik van de rechter kunnen zeggen wat zij willen; voor de eersten geldt dat niet. Ook politici genieten dat voorrecht echter maar op één specifieke plek: in 's lands vergaderzaal. Dat is het hart van de democratie, waar de belangrijkste politieke besluiten worden genomen en waar zich de kern van het politieke werk afspeelt.¹³¹ Het onderscheid in het geldende recht is dus een *relevant* onderscheid: op dit punt zijn politici niet gelijk aan gewone burgers. Op die ene plek waar politici immuniteit genieten, komt bovendien aan hun opponenten hetzelfde voorrecht toe en daarbij staat -- anders dan buiten het parlement -- iedereen die het woord voert onder toezicht van de Kamervoorzitter.¹³²

Juist een immuniteit die zich uitstrekt tot buiten het parlement zou de ongelijkheid tussen politicus en ambteloos opiniemaker aanzienlijk vergroten. Tijdens *hetzelfde* debat -- op televisie, bij een college tour of in een kranteninterview -- zou immers de een straffeloos kunnen schimpen, terwijl de ander zich netjes aan de wet moet houden.¹³³ Dit zou -- in de woorden van Jurgens -- het 'level playing field' in het openbare debat verstoren.¹³⁴

Ten tweede. Mogelijk zou een immuniteit voor het buitenparlementaire debat ons in aanvaring brengen met het EHRM. Toegegeven moet worden dat de genoemde voorstanders slechts pleiten voor een uitbreiding van de bescherming tegen strafrechtelijke vervolging. Burgers kunnen dan civiele rechtszaken blijven voeren over de buitenparlementaire uitlatingen van parlementariërs. Niettemin bleek hiervoor dat het Straatsburgse Hof aan burgers die buiten het parlement het slachtoffer worden van laster en smaad of een ander delict van een parlementariër, soms een recht op toegang tot het *strafproces* toekent. Dat is het geval als het slachtoffer naar nationaal strafrecht een klacht kan indienen en zich daarna in het strafproces kan voegen.¹³⁵ Welnu, juist de meeste beledigingsdelicten zijn naar Nederlands strafrecht klachtdelicten, en bovendien kan de beledigde partij

131. Vgl. Nieuwenhuis 2010, p. 23; De Morree 2010, p. 37.

132. Van den Berg 2011.

133. Vgl. De Morree 2010, p. 37 en Van den Berg 2011. Zou er de immuniteit voor buitenparlementaire uitlatingen ophefbaar zijn, dan is de parlementariër niet helemaal straffeloos, maar ook dan is hij nog altijd veel moeilijker te vervolgen dan een gewone burger.

134. Jurgens 2010, p. 322, zie ook Nieuwenhuis 2010, p. 22.

135. Zie par. 1.4 onder a; uit het *Tzafikiris*-arrest kan ik weinig anders afleiden dan dat ook de mogelijkheid om buiten de strafzaak een civiele (smaad)zaak aan te spannen, niet afloet aan de toepasselijkheid van art. 6 EVRM.

zich in het strafproces voegen.¹³⁶ Ik sluit daarom niet uit, dat deze nieuwe immuniteit zou botsen met art. 6 EVRM – althans, als de Kamer haar weigert op te heffen als een burger een klacht indient over belediging door een parlementariër buiten de vergadering. Juist bij beledigingen buiten de vergadering, zo bleek al, neemt het Hof snel aan dat er sprake is van een *personal quarrel* in plaats van een politiek discours, en voor *personal quarrels* mag de toegang tot de rechter niet beperkt worden. Om door de Straatsburgse beugel te kunnen zou een immuniteit voor buitenparlementaire uitslatingen dus niet alleen ophefbaar moeten zijn, maar zou het parlement zich bovendien moeten begeven in een gedetailleerde beoordeling van de feitelijke toedracht van een mogelijke beledigingszaak.¹³⁷ Bovendien zou het de verzoeken daartoe ruimhartig moeten toewijzen. De vraag dringt zich op, wat er dan met deze uitbreiding van de immuniteit gewonnen is.

Ten derde zou de noodzakelijke besluitvorming over opheffing van de parlementaire immuniteit in concrete gevallen wel eens een waar mediacircus kunnen worden. Ik baseer die verwachting op twee omstandigheden. Eén: de ervaringen met het Wilders-proces. De belangstelling daarvoor in de media was enorm, waarbij het ene na het andere procesincident verwerd tot een verhaal op zich, dat tot vervelens toe werd voorbeschouwd, nabeschouwd en uitgekauwd. Het festijn was vast nog groter geweest als de Tweede Kamer vooraf had moeten besluiten over opheffing van Wilders' immuniteit. Dat maakt het hele verhaal namelijk nog spannender: de juridische beslissing van de op afstand opererende, onafhankelijke rechter wordt dan voorafgegaan door een besluit van altijd interviewbare Kamerleden, die op basis van politieke opportuniteit beoordelen of een politieke opponent voor zijn politieke uitspraken mag worden vervolgd. Twee: de Straatsburgse jurisprudentie suggereert dat men in het buitenland daadwerkelijk zulke ervaringen heeft. Verzoeken tot opheffing van de immuniteit leiden tot grote media-aandacht waarbij de suggestie kan ontstaan van politieke intrige – terecht of niet. Om dit te voorkomen is de Duitse *Bundestag* er maar toe overgegaan, de immuniteit aan het begin van iedere *Wahlperiode* categorisch op te heffen.¹³⁸ Dat geeft te denken over de wenselijkheid van (vormen van) buitenparlementaire immuniteit in een moderne democratie.

136. Art. 269 Sr (klachtdelicten); art. 51a t/m 51 h Sv over de rechten van het slachtoffer.

137. Onvoldoende motivering van de *afwijzing* van een verzoek om opheffing kan mede een grond zijn voor veroordeling, zie *Syngelidis t. Griekenland*, r.o. 47.

138. EHRM 3 december 2009, app.nr. 8917/05 (*Kart t. Turkije*), r.o. 48.

Ten vierde. Ook buiten het parlement zijn parlementariërs naar geldend recht niet overgeleverd aan de grillen van de rechter, integendeel: daar genieten zij vrijheid van meningsuiting, vastgelegd in Grondwet en EVRM. De Nederlandse rechter legt dit 'algemene' vrijheidsrecht de laatste jaren zeer ruim uit. Naar mijn indruk kunnen parlementariërs zich inmiddels voldoende beschermd weten door de algemene uitingsvrijheid.

De huidige parlementaire immuniteit kan mede gezien worden als een waarborg voor minder zonnige tijden: de volksvertegenwoordiger rest altijd één toevluchtsoord waar hij wél vrijuit kan spreken, ook als het rechtsstatelijke klimaat buiten guur wordt. Die waarborgfunctie blijft zinvol, maar daarvoor hoeft de uitingsvrijheid *buiten* de Kamer nog niet met een extra immuniteit te worden versterkt.

balans

Er zijn wel degelijk argumenten om de parlementaire immuniteit voortaan ook de (politieke) uitlatingen van Kamerleden buiten het parlement te laten omvatten. Een in de ogen van het publiek mogelijk wat kunstmatig onderscheid tussen de binnen- en de buitenparlementaire woorden van Kamerleden zou daarmee vervallen. Bovendien worden enkele doelen van de immuniteit nog beter gediend. Aan deze uitbreiding kleven echter ook aanzienlijke nadelen: zij verstoort het *level playing field* in debatten buiten het parlement. Bovendien schept zij het risico op veroordelingen door het EHRM, tenzij de Kamers verzoeken tot opheffing van de immuniteit uiterst ruimhartig toewijzen. Zeker bij *high profile* politici zou het besluit op deze verzoeken tot opheffing een mediacircus kunnen opleveren dat het gezag van het parlement waarschijnlijk geen goed zou doen. Tot slot wordt de algemene, voor alle sprekers en schrijvers buiten het parlement geldende uitingsvrijheid in de Nederlandse jurisprudentie zo ruim opgevat, dat een extra waarborg voor parlementariërs onnodig lijkt. Mocht dat in de toekomst anders worden, dan rest de parlementariër nog altijd het parlement als laatste toevluchtsoord.

Dit overziende pleit er wat mij betreft teveel tegen de voorgestelde uitbreiding. Overigens zou die, als gezegd, een grondwetswijziging vergen. De mogelijkheden om daarvoor de handen op elkaar te krijgen, lijken in ons land zo gering dat de hier besproken uitbreiding mij – mede gezien de aanzienlijke hoeveelheid tegenargumenten – geen haalbare kaart lijkt.

III.2 Uitstralende werking voor de parlementaire immuniteit

Ook zonder het toepassingsgebied van art. 71 Gw uit te breiden, kan aan die bepaling in de rechtspraak een zekere 'uitstralende werking' worden verleend. In rechtsgedingen over buitenparlementaire uitlatingen van politici zou de rechter een bijzonder gewicht kunnen toekennen aan het feit dat de gedaagde een volksvertegenwoordiger is. Hij zou dan nog zwaardere

cisen kunnen stellen aan beperking van de uitingsvrijheid dan hij bij gewone burgers al doct.¹³⁹

Verschillende Nederlandse en Straatsburgse uitspraken wekken de suggestie dat aan volksvertegenwoordigers inderdaad een ruimere uitingsvrijheid toekomt.¹⁴⁰ Niettemin is er ook jurisprudentie die van het tegendeel getuigt. In enkele Straatsburgse arresten wordt zelfs overwogen dat van politici een zorgvuldigere woordkeuze mag worden verlangd dan van gewone burgers, omdat politici bij uitstek moeten vermijden dat zij maatschappelijke intolerantie aanwakkeren.¹⁴¹ Hier ontbreekt de ruimte om die jurisprudentie uitgebreid onder de loep te nemen; ik volsta met de opmerking dat de kiem van de gedachte van een ruimere uitingsvrijheid voor politici aanwezig is, zonder dat het gaat om een uitgekristalliseerd leerstuk.¹⁴² In dit verband is vooral relevant, of de buitenparlementaire uitingsvrijheid van politici groter zou moeten zijn.

Aan uitbreiding van de vrijheid van meningsuiting voor volksvertegenwoordigers alléén kleeft een groot bezwaar dat ook geldt voor een formele uitbreiding van de parlementaire immuniteit. Het zou een vorm van ongelijke behandeling in vergelijkbare situaties creëren. Een gewone burger zou zich bij een debat op tv of in de krant meer moeten inhouden dan de politicus, waardoor het *level playing field* in het debat wordt verstoord.

139. Bovend'Eert 2011 meent dat het toekennen van een ruimere buitenparlementaire uitingsvrijheid aan politici dan aan anderen in strijd is met een (*a contrario* benadering van) art. 71 Gw. Mij lijkt het weliswaar in strijd met art. 71 Gw om met zoveel woorden bij gewone wet een immuniteit te scheppen voor buitenparlementaire uitlatingen, maar het gaat mij wel erg ver om in art. 71 Gw ook een impliciet verbod te lezen om aan bepaalde omstandigheden extra gewicht toe te kennen bij een grondrechtelijke belangenafweging.

140. HR 11 november 2011, *AB* 2012, 79 (de Hoge Raad overweegt met zoveel woorden dat een politicus buiten de vergadering een vergelijkbare bescherming zou genieten als daarbinnen. De overweging lijkt een misslag; zie de noot van Munneke in *AB* 2012, 79). Rb. Amsterdam 23 juni 2011, *LJN*: BQ9001 (Wilders), r.o. 4.3.2; EHRM 23 april 1992, nr. 11798/85, (Castells t. Spanje). Deze gedachte van 'uitstralende werking' wordt ondersteund door EHRM 27 februari 2001, nr. 26958/95 (Jérusalem t. Oostenrijk), waarin een lid van de gemeenteraad van Wenen klaagt over een haar opgelegde rectificatie van haar woorden in de raadsvergadering. Voor raadsvergaderingen kent Oostenrijk recht geen parlementaire immuniteit. Het Hof overweegt, dat er niettemin heel gewichtige redenen moeten zijn om de uitingsvrijheid van de klaagster op die plek te beperken, *juist omdat* het om de vergadering van een volksvertegenwoordigend orgaan gaat, zie r.o. 40.

141. Zo bijv. EHRM 6 juli 2006, nr. 59405/00 (Erbakan t. Turkije), r.o. 64; EHRM 20 april 2010, nr. 18788/09 (Le Pen t. Frankrijk); EHRM 10 december 2009, nr. 15615/07 (Féret t. België) r.o. 64, 65 en 75.

142. Een mooie analyse is te vinden in Nieuwenhuis 2010, p. 14-21. Nieuwenhuis' conclusie luidt, dat recente jurisprudentie soms de indruk wekt dat aan politici een grotere uitingsvrijheid zou toekomen, maar soms ook niet. Zie ook mijn noot bij Rb. Amsterdam 23 juni 2011, *AA* 2012, 290 (Wilders).

Natuurlijk horen politici ook buiten het parlement over een ruime vrijheid van meningsuiting te beschikken.¹⁴³ Echter, een samenleving die groot belang hecht aan de vrijheid om over uiteenlopende politieke standpunten verbaal de degens te kruisen, moet de grenzen van de uitingsvrijheid voor een ieder ruim trekken, ongeacht de vraag of het gaat om een politicus. Iedereen die een opinie wil verkondigen die ook maar enigszins valt te kwalificeren als een bijdrage aan enig maatschappelijk debat, zou daarvoor de ruimte moeten krijgen, ook als het een mening is die velen niet willen horen.

III.3 Bescherming tegen buitengerechtelijke sancties

Volksvertegenwoordigers bekleden uiteenlopende maatschappelijke nevenfuncties. Bovendien vervullen veel Eerste Kamer- en gemeenteraadsleden een regulier dienstverband bij een private werkgever of zijn zij ambtenaar. Dat roept de vraag op of de parlementaire immuniteit de volksvertegenwoordiger ook beschermt tegen sancties die zijn werkgever, (vak)vereniging of een andere private organisatie hem zou kunnen opleggen wegens een uitlating in het parlement. Dezelfde vraag kan worden gesteld voor ambtenarenrechtelijke sancties.

Dit probleem kan zich – in theorie – in vele varianten voordoen. Mag de Faunabescherming een Tweede Kamerlid zijn beschermheerschap ontnemen als hij in de Kamer een versoepeling van de Jachtwet bepleit? Mag een universitaire wetenschapscommissie een senator die tevens hoogleraar is, berispen voor in het parlement verkondigde onjuistheden? Mag een gemeente een ambtenaar ontslaan die in de raadsvergadering van een andere gemeente ambtsgeheimen onthult?

Tekstueel beschermt art. 71 Gw slechts tegen gerechtelijke procedures en publiekrechtelijke tuchtrechtspraak. Tekst, noch parlementaire geschiedenis van de bepaling zien op een eventuele bescherming tegen private of ambtenarenrechtelijke sancties.¹⁴⁴ Jurisprudentie over deze vraag ontbreekt. In de literatuur wordt wel betoogd dat art. 71 Gw ook beschermt tegen private sancties. Elzinga ziet daarin bijvoorbeeld een noodzakelijke stut van de onafhankelijkheid van parlementariërs tegenover hun politieke partij.¹⁴⁵

143. Zie voor de achtergrond van dit grondrecht de beknopte maar heldere uiteenzetting in Nieuwenhuis 2010.

144. Met private sanctie bedoel ik: iedere uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid voortvloeiend uit een (arbeids)overeenkomstenrechtelijke of rechtspersonenrechtelijke verhouding – tegenover een volksvertegenwoordiger, teneinde die volksvertegenwoordiger te bestraffen of een voordeel te onthouden wegens een uitlating in de volksvertegenwoordiging, alsmede het entameren van private (tucht)procedures die daartoe kunnen leiden.

145. Elzinga 1990, p. 128 e.v.

Naar mijn oordeel zijn er goede systematische gronden om de bescherming van de parlementaire immuniteit uit te breiden naar buitengerechtelijke sancties. (1) Aan de hand van enkele voorbeelden leg ik uit dat het ontbreken van een dergelijke bescherming tot inconsistenties leidt; (2) daarna licht ik toe waarom deze bescherming in de praktijk minder zal voorstellen dan men op het eerste gezicht zou denken.

(1) Zou de parlementaire immuniteit *niet* beschermen tegen buitengerechtelijke sancties, dan zou dat systematisch vreemde gevolgen hebben. Art. 71 Gw zou volksvertegenwoordigers op vrij willekeurige wijze soms wel en soms niet tegen derden beschermen, afhankelijk van de toevallige inrichting van het civiele proces. Zo zou een senator die werknemer is bij de Faunabescherming niet ontslagen kunnen worden als hij zich in de Eerste Kamer uitsprekt voor versoepeling van de Jachtwet. Ontslag vereist immers de toestemming van de kantonrechter. De werkgever zou een (verzoekschrift)procedure moeten entameren terzake van een uilating in het parlement, die afstuit op de tekst van art. 71 Gw.¹⁴⁶

Zou de genoemde senator daarentegen geen werknemer, maar bestuurslid van de rechtspersoon zijn, dan was ontslag uit die functie wél mogelijk. Daarvoor is immers geen rechterlijke toestemming vereist. Als de senator vervolgens zijn ontslag als bestuurder op basis van rechtspersonenrechtelijke regels bij de rechter aanvecht, dan zou de rechter – bij afwezigheid van ‘private’ bescherming van art. 71 Gw – in de positie komen dat hij moet oordelen over uitlatingen in het parlement. Hij zou immers moeten toetsen of de betreffende bestuurder gezien zijn parlementaire uitlatingen in redelijkheid ontslagen had kunnen worden,¹⁴⁷ wat noodzaakt tot beoordeling van die uitlating zelf.

Zou de parlementaire immuniteit niet beschermen tegen ambtenarenrechtelijke sancties, dan zou de (bestuurs)rechter op een vergelijkbare wijze in de positie kunnen komen dat hij de gegrondheid van een ontslag wegens een door immuniteit gedekte uitlating moet toetsen, waarmee hij moet oordelen over een dergelijke uitlating.¹⁴⁸ Kort gezegd: als de parlementaire immuniteit uitsluitend beschermt tegen gerechtelijke en (publiekrechtelijke) tuchtprocedures, dan levert dat inconsistenties op. Bovendien

146. Mocht een uitlating in het parlement slechts één van de voor het ontslag aangevoerde gronden zijn, dan zal de kantonrechter die buiten beschouwing laten.

147. Art. 2:8 BW.

148. Men zou wellicht kunnen redeneren dat art. 71 Gw beschermt tegen alle *publiekrechtelijke* sancties. Dan zouden ambtenaren niet, maar werknemers wel door hun leidinggevende kunnen worden berispt, overgeplaatst etcetera wegens parlementaire uitlatingen. Deze ‘tussenoplossing’ creëert echter ook vreemde ongelijkheden: een docent verbonden aan een bijzondere onderwijsinstelling zou wel, maar zijn collega bij een openbare instelling zou niet kunnen worden getroffen met sancties wegens uitlatingen in het parlement.

zou de rechter daardoor soms in een positie geraken waarin hij een parlementariër op zijn uitlatingen in het parlement moet beoordelen.

De bescherming van de immuniteit zou zich daarom moeten uitstrekken tot alle vormen van sanctie-oplegging,¹⁴⁹ niet alleen door de rechter maar ook door private partijen of door een functionele autoriteit in het ambtenarenrecht. Het opleggen van een dergelijke sanctie of het opstarten van een (tucht)procedure die daartoe kan leiden is daarom in strijd met de openbare orde.¹⁵⁰

(2) De praktische betekenis van deze extra bescherming moet echter niet overschat worden. Een parlementariër die een niet-parlementaire nevenfunctie aanvaardt, gaat daarmee een wederkerige relatie met de betreffende organisatie aan. Over en weer ontstaat een reeks van legitieme verwachtingen en zorgvuldigheidsverplichtingen. Al mag *het blote feit* van een concrete parlementaire uitlating niet tot een private sanctie leiden, dat neemt niet weg dat een volksvertegenwoordiger soms uit een (neven-)functie kan worden ontheven vanwege bijkomende omstandigheden als een verslechterde werkrelatie, *incompatibilité des humeurs* of een ook los van de parlementaire toespraak blijvend gebrek aan loyaliteit. Een volksvertegenwoordiger die door een parlementaire toespraak een organisatie schaadt, waaraan hij verbonden is, zal daarmee zelden op alle andere fronten prettig en loyaal samenwerken. In de praktijk zal dit gepaard gaan met een verzurende relatie, die tot beëindiging van de samenwerking kan en mag leiden.¹⁵¹

De relatie tussen de volksvertegenwoordiger en zijn fractie of partij is een belangrijk species van het hier besproken verschijnsel. Het is niet ondenkbaar dat een fractie of partij een volksvertegenwoordiger zou willen royaeren vanwege een toespraak in het parlement. Doet de *fractie* dat, dan is daar in rechte weinig tegen te ondernemen. Fracties zijn informele samenwerkingsverbanden van volksvertegenwoordigers, wier belangrijkste activiteiten zich afspelen *binnen* de Kamer, zodat de burgerlijke rechter zich daar buiten zal moeten houden. Een rechterlijk bevel om een Kamerlid tot een fractie toe te laten is onmogelijk: de volksvertegenwoordigers die de fractie uitmaken kunnen zich daartegen verweren met hun eigen immuniteit en hun vrije mandaat.

Voor de partij is het anders. Een royalement of berisping, *uitsluitend* gericht tegen specifieke uitlatingen in het parlement, lijkt mij in strijd met

149. Zie noot 144.

150. Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 572.

151. Ik vermoed dat dit een van de redenen is, dat er over dit probleem geen rechtspraak beschikbaar is, terwijl ik mij moeilijk kan voorstellen dat dit soort tegenstellingen zich in de praktijk nooit voordoen.

de openbare orde.¹⁵² Ook voor de partij geldt echter de relativering die hiervoor werd aangebracht. Een bepaalde parlementaire toespraak zal zelden de enige reden zijn om een volksvertegenwoordiger een sanctie op te leggen. Doorgaans zal er over een brede linie sprake zijn van een moeizame samenwerking tussen een volksvertegenwoordiger en zijn partij waarvan een veelheid aan redenen kan worden ontleend om de betreffende persoon functies te ontzeggen, niet op de lijst voor de volgende verkiezingen te plaatsen of zelfs het lidmaatschap te ontnemen.

IV. De prijs van de parlementaire immuniteit: voorstellen tot beperking

De parlementaire immuniteit dient zinvolle doelen, maar wel tegen hoge kosten: de rechtsbescherming van derden wordt categorisch opgeofferd aan het algemeen belang. Sommigen vinden deze prijs te hoog en doen voorstellen om de parlementaire immuniteit in ons land te beperken. Daarvan worden er twee in deze paragraaf besproken: (1) het opheffen van de immuniteit bij ernstige uitingsdelicten en (2) het opheffen van de immuniteit bij schending van een geheimhoudingsplicht.

IV.1 *Geen immuniteit bij ernstige uitingsdelicten*

De politicus Thom de Graaf stelde al geruime tijd geleden voor, de immuniteit op te heffen voor 'beledigende, racistische en discriminerende uitspraken'.¹⁵³ Onlangs werkte Van Sintmaartensdijk deze gedachte in het *Nederlands Juristenblad* uit met het voorstel om aan art. 71 Gw een tweede lid toe te voegen dat de immuniteit niet van toepassing verklaart bij laster, belediging van een groep mensen of aanzetten tot haat.¹⁵⁴ Hiermee zouden vooral minderheden beschermd moeten worden: de – op zich zinvolle – doelen van de parlementaire immuniteit zouden moeten wijken zodra de immuniteitsgerechtigde positie wordt misbruikt om van daaruit minderheden fel aan te vallen.¹⁵⁵ In de woorden van De Graaf: dergelijke aanvallen 'knagen aan de grenzen van de rechtsstaat'.¹⁵⁶ Haat zaaiende uit-

152. Zo ook Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 572 en Elzinga 1990, p. 133-134 volgens wie een roeyement vanwege een parlementaire uitslating met vrucht voor de rechter kan worden bestreden.

153. 'Noodzaak onschendbaarheid niet vol te houden', interview met Thom de Graaf, *Volkscrant* 1 juni 1995.

154. Van Sintmaartensdijk 2011, p. 2093.

155. Zie Van Sintmaartensdijk 2011. De Graaf lijkt de immuniteit overigens volledig te willen afschaffen.

156. 'Noodzaak onschendbaarheid niet vol te houden', interview met Thom de Graaf, *Volkscrant* 1 juni 1995.

latingen zouden bovendien niets toevoegen aan het politieke debat en daarom zouden zij zonder al te veel risico buiten de immuniteit gebracht kunnen worden.¹⁵⁷

Wellicht zou dit voorstel de bescherming van minderheden of andere buitenstaanders die door parlementaire uitingen geraakt worden wat vergroten. Er zijn naar mijn oordeel echter twee belangrijke argumenten tegen aan te voeren.

Om te beginnen is het gesignaleerde probleem geringer van omvang dan beide autours doen voorkomen. Volksvertegenwoordigers genieten binnen de parlementaire vergadering *geen* absolute vrijheid om in het wilde weg anderen te beledigen. Integendeel: de Kamervoorzitter heeft tot taak deze in het ordereglement verboden uitingen tegen te gaan.¹⁵⁸ Weliswaar zijn de sancties die de Kamervoorzitter kan opleggen minder ingrijpend dan die van de rechter – waardoor Kamerleden binnen de Kamer vrijer kunnen spreken dan daarbuiten – maar dat neemt niet weg dat de voorzitter, zodra een toespraak uit de hand loopt, het betreffende Kamerlid het woord kan en mijns inziens ook moet ontnemen. Een goede voorzitter biedt eenvoudig geen gelegenheid om binnen de Kamer uitgebreide, haatzaaiende redvoeringen uit te spreken. Het lijkt dan ook nauwelijks mogelijk om met een haat zaaiende toespraak in de Kamer veel verder te komen dan een paar woorden. Bovendien kan de overtreder ook door collega-Kamerleden ter plekke op zijn gedrag worden aangesproken, hetgeen in de praktijk ook geregeld gebeurt. Tot slot bestaat voor de meest extreme uitingsdelicten sinds de oprichting van het Internationaal Strafhof bovendien – buiten de nationale rechtssfeer – geen immuniteit meer.¹⁵⁹ Kortom: het is maar zeer de vraag of de vigerende regeling hier wel problemen oplevert.

Een tweede tegenargument. De parlementaire immuniteit wil de rechter buiten de beoordeling van het parlementaire debat houden. Dat dient de scheiding der machten en voorkomt dat parlementariërs moeten vrezen voor rechtszaken over hun parlementaire uitingen. Om deze doelen te verwezenlijken, moet de parlementaire immuniteit een glashelder toepassingsbereik hebben.

Bij het huidige art. 71 Gw is dat ook het geval. Het rechtsgevolg van die bepaling – inwerkingtreding van de immuniteit – is afhankelijk van een formeel en dus uiterst eenvoudig toepasbaar criterium: art. 71 Gw is toe-

157. Van Sintmaartensdijk 2011, p. 2093.

158. Naar mijn oordeel gelden strafwet en BW binnen de Kamer onverkort: art. 71 Gw blokkeert slechts de gang naar de rechter en vervangt die door het ordetoezicht van de voorzitter. Belediging, haatzaaien en laster zijn ook binnen de Kamer verboden.

159. Zie par. 1.3.

passelijk op alle uitspraken *tijdens de vergadering* en op de stukken die *aan de Staten-Generaal zijn overgelegd*.¹⁶⁰ De vraag of art. 71 Gw van toepassing is, vergt geen nadere waardering van feiten en omstandigheden, maar is welhaast steeds eenvoudig te beantwoorden, ook voor juridische leken. Parlementaire immuniteit is weliswaar een bot middel, maar dat is in zekere zin ook juist de bedoeling: zij wil de parlementariër zekerheid bieden dat hij nooit voor de rechter zal hoeven te verschijnen voor wat hij in het parlement heeft gezegd. Die zekerheid neemt het *chilling effect* weg dat al van een *mogelijke* gerechtelijke vervolging zou kunnen uitgaan. Iedere begrenzing van de immuniteit op basis van de inhoud van het gesprokene tast die zekerheid aan.¹⁶¹ Zinnvolle, inhoudelijke beperkingen van de parlementaire immuniteit zijn niet in *hard and fast rules* te vatten. Zo'n beperking beoogt immers, de kwalijke, lasterlijke, niet op het debat betrekking hebbende of anderszins onwenselijke uitspraken te onderscheiden van de overige, wél door de immuniteit gedekte uitspraken. Om de bokken van de schapen te scheiden zou een aangepast art. 71 Gw de ongewenste uitspraken moeten omschrijven met behulp van materiële criteria: kwalificerende, inhoudelijke begrippen die de rechter in staat stellen de strekking en de functie van de gesproken woorden in hun context te beoordelen, en die dus een nadere normatieve afweging vergen.¹⁶²

De eerder genoemde Arubaanse zaak waarin een minister een tijdens de Statenvergadering een Statenlid voor pedofiel uitschold, biedt een mooie illustratie van dit verschijnsel.¹⁶³ Betrokkene eiste bij de burgerlijke rechter een rectificatie. Hij redeneerde dat de – op art. 71 Gw geënte – Arubaanse immuniteitsbepaling buiten toepassing zou moeten blijven voor beledigende uitspraken die ‘niet op enigerlei wijze verband houden’ met de controle van de regering. Het kost weinig moeite om een hele reeks voorbeelden te verzinnen van parlementaire uitspraken die net op het randje zijn en dus de nodige beoordelingsproblemen oproepen. Dit criterium biedt wijs perspectief voor oeverloos debat in de rechtszaal. De Hoge Raad neemt het voorgestelde criterium gelukkig niet over.

Alle materiële beperkingen van de immuniteit leiden aan deze kwaal: zij roepen twijfelgevallen op, waarover redelijk denkende personen van mening kunnen verschillen. Dit geeft voeding aan gerechtelijke procedures: uiteindelijk moet immers de rechter de knoop doorhakken of de immu-

160. Zie uitvoerig par. 1.2.

161. Vgl. het EHRM in *A. t Verenigd Koninkrijk*, r.o. 88 over immuniteit voor binnenparlementaire uitspraken: ‘[T]he creation of exceptions to that immunity, the application of which depended upon the individual facts of any particular case, would seriously undermine the legitimate aims pursued.’

162. Zie voor de reden waarom dat zo is mijn oratie *Vorm of inhoud*, Schutgens 2012, p. 23.

163. IJR 17 juni 2011. *NJ* 2011, 450, *AA* 2012, 928.

niteit in een concreet geval zijn eigen bevoegdheid beperkt. Zelfs als de rechter uiteindelijk concludeert, dat de immuniteit van toepassing is, moet hij daarvoor eerst de in het parlement gesproken woorden meticuleus beoordelen. Het belangrijkste effect van de parlementaire immuniteit – de rechter buiten de beoordeling van het parlementaire debat houden – is dan al lang ondergraven.¹⁶⁴

Kort gezegd: de parlementaire immuniteit heeft een toegevoegde waarde in ons rechtssysteem omdat zij de rechter buiten het parlementaire debat houdt. Om dat te bereiken moet boven twijfel zijn verheven wanneer de rechter buiten de deur moet blijven, omdat twijfel daarover betrokkenen ertoe kan aanzetten, toch maar te proberen de rechter ervan te overtuigen dat de immuniteit in een bepaald geval niet opgaat. Daarmee ondergraven uitzonderingen op de immuniteit het hele doel daarvan. Als men werkelijk vreest dat bepaalde burgers van binnenuit het parlement zodanig bedreigd (kunnen gaan) worden dat de immuniteit niet langer onbeperkt mag zijn, kan men haar het beste helemaal afschaffen. De parlementariër kan dan terugvallen op de algemene uitingsvrijheid, waarvan mag worden aangenomen dat die in een rechtsstaat ruim genoeg is. De vruchten van de parlementaire immuniteit gaan dan wel verloren.¹⁶⁵

IV.2 Beperking van immuniteit bij schending van een geheimhoudingsplicht

Sinds de invoering van de parlementaire immuniteit steekt af en toe het voorstel de kop op om deze te beperken voor volksvertegenwoordigers die in de vergadering een geheimhoudingsplicht schenden. Bij gelegenheid van de grondwetswijziging van 1938 kwam er zelfs een voorstel met deze strekking door de eerste lezing; in tweede lezing sneuvelde het echter.¹⁶⁶ Recent pleitte Hoos voor een beperking van de centrale en decentrale immuniteiten naar aanleiding van een incident in de raad van de Gemeente Ede.¹⁶⁷

Burgemeester en wethouders hadden in vertrouwen met de raadsleden gesproken over een inbreukprocedure die de Europese Commissie tegen Nederland zou instellen vanwege een kwestie waar de gemeente bij betrokken was. Het college had de raad hierover voorlopig geheimhouding opge-

164. In deze geest ook Brocksteeg 2012; Munneke 2012.

165. De ‘algemene’ uitingsvrijheid is natuurlijk evenzeer geformuleerd in materiële termen die de rechter per geval nopen tot nadere afwegingen. Juist daarom heeft de parlementaire immuniteit een toegevoegde waarde.

166. Zie Dassen 1938, p. 195-203; de Staatscommissie-Heemskerk kwam in 1910 met een vergelijkbaar pleidooi, zie Elzinga 2009, p. 122.

167. Hoos 2012.

legd. Vervolgens sprak een raadslid tot tweemaal toe in de raadsvergadering over deze zaak.¹⁶⁸ Het is evident dat dit raadslid door zijn immuniteit wordt beschermd tegen vervolging vanwege schending van zijn geheimhoudingsplicht.¹⁶⁹ Hoos vindt dat echter 'niet helemaal bevredigend voor het rechtsgevoel' omdat dit het risico zou scheppen dat raadsleden hun immuniteit misbruiken om in de raadsvergadering geheimen te onthullen.¹⁷⁰ Zij stelt voor, de immuniteit ophefbaar te maken bij schending van een geheimhoudingsplicht, zodat strafrechtelijke vervolging mogelijk wordt. Om individuele volksvertegenwoordigers daarbij minder afhankelijk te maken van kongsi's van politieke tegenstanders, zou het besluit daar-
toe met een versterkte meerderheid moeten worden genomen.

Men zou zich kunnen afvragen of geheimhoudingsplichten überhaupt zijn te rijmen met de taak van volksvertegenwoordigers in een vertegenwoordigende democratie. De volksvertegenwoordiging is bij uitstek aangewezen om de leden van de uitvoerende macht publiekelijk ter verantwoording te roepen. Juist deze openbaarheid van de controle op het bestuur moet het vertrouwen in dat bestuur versterken: idealiter bewerkstelligt zij, dat de motieven die aan overheidsbeleid ten grondslag liggen voor eenieder kenbaar kunnen worden en, als gevolg daarvan, ook het daglicht kunnen verdagen. Zodra de volksvertegenwoordiging deze controle achter gesloten deuren uitoefent, worden de resultaten van haar overleg met de executieve onzichtbaar. Daardoor verliest deze controle een belangrijk deel van haar waarde.¹⁷¹ Geheimhouding moet daarom slechts met de grootste terughoudendheid aan volksvertegenwoordigers worden opgelegd.¹⁷²

Niettemin lijkt het een onvermijdelijk verschijnsel. Sommige beleidsbeslissingen zijn nu eenmaal gebaseerd op informatie die niet publiek mag worden vanwege de openbare veiligheid, financiële belangen van de Staat, de privacy van burgers etcetera.¹⁷³ Zou van volksvertegenwoordigers geen geheimhouding verlangd kunnen worden, dan zou op beleid dat samen-

168. Later bekrachtigd door de raad, art. 25 Gemw en art. 55 Gemw; Hoos 2012 en Elzinga 2009.

169. Art. 272 Sr.

170. Volgens Hennekens 2010 zou de immuniteit niet in de weg staan aan vervolging van een raadslid dat in de vergadering geheimen onthult. De immuniteit zou alleen de inhoud van gedane uitingen beschermen ('het wát'), maar zij zou geen bescherming bieden tegen het feit dat er is gesproken terwijl dat niet had mogen ('het dát'). Dit onderscheid ondergraaft de immuniteit volledig. Ieder utingsdelict kan immers worden opgevat als een verbod dat bepaalde uittalingen worden gedaan.

171. Het lijkt mij niet uitgesloten, dat commissies als 'de commissie stiekem' bij het publiek juist een indruk wekken van geheimzinnigheid en samenzwering.

172. Mutatis mutandis geldt natuurlijk hetzelfde voor het openbare karakter van het overleg over wetsvoorstellen en de stukken die daaraan ten grondslag liggen.

173. Vgl. art. 10 WOB.

hangt met gevoelige informatie soms überhaupt geen controle meer mogelijk zijn.¹⁷⁴ De mogelijkheid om volksvertegenwoordigers geheimhouding op te leggen bestaat dan ook al decennia en ik zie haar in de toekomst niet snel verdwijnen. Het is dan ook van belang dat volksvertegenwoordigers geheimhoudingsverplichtingen – mits met terughoudendheid opgelegd – respecteren; het onthullen van geheimen in de vergadering is zeer afkeurenswaardig gedrag.

Zo komen wij terug bij de vraag of de immuniteit moet worden beperkt bij schending van een geheimhoudingsplicht.

Het belangrijkste voordeel daarvan zou zijn, dat voor volksvertegenwoordigers de drempel wordt verhoogd om de vergadering te misbruiken om een geheimhoudingsplicht te ontduiken. Rechterlijke (maximum)sancties zijn immers ingrijpender dan de veelal politiek-symbolische sancties van de eigen voorzitter.¹⁷⁵

De argumenten tegen dit voorstel lijken (mij) vooralsnog echter zwaarder te wegen.

Om te beginnen valt te betwijfelen of hier sprake is van een groot probleem. Mij zijn geen andere voorbeelden uit de literatuur bekend.¹⁷⁶

Zouden zulke incidenten zich echter vaker voordoen, dan kan, alvorens de grondwettelijke regeling aan te passen, eerst gepoogd worden de sanctiebevoegdheden van de voorzitter aan te scherpen. Een volksvertegenwoordiger die zijn geheimhoudingsplicht ontduikt, gedraagt zich daarmee, wellicht nog meer dan bij andere ongewenste uitlatingen in de Kamer, onrechtmatig tegenover van zijn eigen collegae. Hij beschaamt in ernstige mate het vertrouwen dat confidentieel medegedeelde informatie geheim blijft. Dat tast op de eerste plaats de mogelijkheden aan van de eigen Kamer, staten of raad, om over delicate kwesties vruchtbaar met executieve te overleggen. De Kamer zou daarop dan ook zelf streng moeten (kunnen) reageren.¹⁷⁷ Men zou bijvoorbeeld het betreffende Kamerlid gedurende lange tijd – des-

174. De vraag is overigens wat die controle voorstelt. Is het politiek haalbaar om een minister met een ongemotiveerd wantrouwensvotum te treffen vanwege omstandigheden die vertrouwelijk zijn medegedeeld?

175. Anders: Elzinga 1990, die meent dat de sancties van de voorzitter een volksvertegenwoordiger politiek zodanig kunnen benadelen dat juist deze sancties afschrikwekkender zijn.

176. Zoals Hoos 2012 zelf ook zegt. Veroordelingen wegens onthulling van geheimen buiten de vergadering komen overigens voor, zie bijv. Gerechtshof Amsterdam 6 augustus 2003, *LJN*: A10892.

177. Vanzelfsprekend moet de voorzitter een volksvertegenwoordiger het woord ontnemen zodra duidelijk wordt, dat deze een geheim gaat onthullen. Het gaat hier over de gevallen waarin dat niet lukt.

noods voor de resterende duur van zijn mandaat – de kennisneming van vertrouwelijke informatie kunnen ontzeggen.¹⁷⁸ Juist bij deze specifieke vorm van misbruik van immuniteit beschikt de voorzitter daarmee over een eenvoudig inzetbare, passende en waarschijnlijk als relatief streng ervaren sanctie, die bovendien preventief werkt vanaf het moment dat zij wordt ingezet.

Een volgend tegenargument is, dat een uitvoering van deze plannen het belangrijkste doel van de immuniteit aantast: de rechter buiten de politieke arena houden. Zelfs als een vervolging zou geschieden met toestemming van de eigen kamer zou de rechter een volksvertegenwoordiger moeten gaan aanspreken op wat hij in het hart van de vertegenwoordigende democratie heeft gezegd. De immuniteit beoogt dat nu juist te voorkomen.

Tot slot is de schending van een geheimhoudingsplicht niet het enige uitingsdelict waarvoor de volksvertegenwoordiger wordt geïmmuniseerd. Weliswaar kan een schending van de geheimhouding soms ernstig nadeel veroorzaken voor de financiële belangen van de Staat of voor (de veiligheid van) derden, maar de immuniteit dekt vele andere uitingsdelicten die net zulke nadelige effecten kunnen hebben.¹⁷⁹ Het is (voor mij) moeilijk in te zien, waarom juist voor dit delict de immuniteit beperkt zou moeten worden. Nu onze constitutie van burgers vergt, dat zij allerhande voor hen mogelijk zeer nadelig uitlatingen over hun kant laten gaan, moet zij de parlementaire immuniteit niet gaan beperken voor dat ene specifieke uitingsdelict dat, meer dan de andere door immuniteit gedekte uitingsdelicten, de 'eigen' belangen van de overheid kan schaden. Waar een volksvertegenwoordiger door de schending van zijn geheimhoudingsplicht niet de belangen van de Staat, maar de belangen van derden in ernstige mate schaadt, zou die schade deels goedge maakt kunnen worden door een *égalité*-aansprakelijkheid van de Staat voor immuniteitsgerechtigde uitlatingen. Daarover gaat de laatste paragraaf.

V. *Égalité*-aansprakelijkheid voor het parlementaire debat

Als gezegd zijn er enkele lagere civiele uitspraken waarin de Staat deelt in de parlementaire immuniteit als hij uit onrechtmatige daad wordt aangesproken voor uitlatingen van een immuniteitsgerechtigde.¹⁸⁰ De Hoge

178. Reeds op grond van het vigerende ordereglement kan de Tweede Kamer een lid op voorstel van het presidium voor een maand van commissievergaderingen uitsluiten, zie art. 145 RvOIK.

179. In vergelijkbare zin Verstecq 2010. Kamerleden 'lekken' natuurlijk wel degelijk af en toe geheime stukken (de Miljoenennota!), maar dat gebeurt tot nu toe niet tijdens het openbare Kamerdebat, maar juist daarbuiten, in het geheim.

180. Zie par. 1.2, onder a. Wat hier wordt betoogd, geldt analoog voor lagere overheden.

Raad heeft zich nog niet uitgelaten over een eventuele financiële aansprakelijkheid van de Staat voor het parlementaire debat.

Financiële aansprakelijkheid van de Staat voor schade door het parlementaire debat valt moeilijk te baseren op art. 6: 162 BW. Daarbij zou de rechter parlementaire uitlatingen expliciet als onrechtmatig moeten kwalificeren, en dat staat op gespannen voet met de door parlementaire immuniteit gediende machtscheiding.¹⁸¹ Bovendien zou de door immuniteit beschermde uitlating bij een dergelijke aansprakelijkheid als eigen handelen aan de Staat moeten worden toegerekend.¹⁸² Naar geldend recht worden uitlatingen van aan een rechtspersoon verbonden functionarissen aan die rechtspersoon toegerekend als zij in het maatschappelijk verkeer als uitlatingen van de rechtspersoon hebben te gelden.¹⁸³ Het toerekenen van uitlatingen van vertegenwoordigers van de executieve aan de overheid-rechtspersoon zou wellicht nog kunnen,¹⁸⁴ maar bij volksvertegenwoordigers wordt dat dubieus. Er zijn voor zover mij bekend dan ook geen precedents van.

Naar mijn oordeel zou de Staat wel op basis van het beginsel van *égalité devant les charges publiques* aansprakelijk moeten kunnen zijn als het parlementaire debat aan derden ernstige schade toebrengt. Krachtens dit beginsel heeft een burger recht op nadeelcompensatie als hij als enkeling de onevenredig zware gevolgen krijgt te dragen van een maatregel die de overheid in het algemeen belang treft. Bestuursrechter en burgerlijke rechter passen dit beginsel toe.¹⁸⁵

Hierna betoog ik (1) dat *égalité*-aansprakelijkheid van de Staat slechts een beperkte inbreuk zou maken op de doelen van de parlementaire immuniteit; (2) dan ga ik in op de voordelen van deze aansprakelijkheid; (3) en tot slot zet ik uiteen hoe zij dogmatisch vorm kan krijgen.

181. Verstedden 2010, p. 3 overweegt een aansprakelijkheid voor gebrekkige ordehandhaving door de voorzitter. Ook de voorzitter geniet echter immuniteit; dit verschuift het probleem slechts.

182. Omdat immuniteitsgerechtigde functionarissen – behalve soms de meedebatterende ‘hulpverleners’, zie par 1.2 onder a – geen ondergeschikten van de Staat zijn, is art. 6: 170 BW niet toepasselijk.

183. HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 (Kleuterschool Babbel).

184. Zie het arrest in de vorige noot; Hof Den Bosch 23 april 1986, *NJ* 1987, 48 (Sejdie/Berkele-Enschot & Van den Bossche); HR 25 juni 2010, *JB* 2010/173 (Vitesse/Gelderland).

185. Zie voor de burgerlijke rechter: HR 30 maart 2001, *NJ* 2003, 615 (Staat/Lavrijsen) en HR 20 juni 2003, *NJ* 2005, 189 (Staat/Harrida); uitgebreid Tjepkema 2010. Na inwerkingtreding van het *Wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige beschuiten* (Stb. 2013, 50) dan blijft de burgerlijke rechter competent bij nadeel (ten gevolge van het parlementaire debat. De nieuwe Titel 4.5 Awb maakt de bestuursrechter competent bij nadeelcompensatie voor rechtmatig handelen van *bestuursorganen* (art. 4: 126 Awb). De Kamers zijn geen bestuursorgaan (art. 1:1 lid 2 sub b Awb). De decentrale vertegenwoordigende organen zijn dat overigens wel; een analoge aansprakelijkheid voor decentrale verbanden zou dus wel door de bestuursrechter beoordeeld worden.

V.1 Toetsing aan de doelen van de parlementaire immuniteit

Parlementaire immuniteit maakt een diepe inbreuk op het beginsel dat een burger een schending van zijn rechten aan de rechter moet kunnen voorleggen. Deze inbreuk is slechts te rechtvaardigen omdat en voor zover zij twee zwaarwegende doelen dient: (1) een onbevreesd parlementair debat en (2) de scheiding der machten.¹⁸⁶ Een onbeperkte niet-aansprakelijkheid van de Staat dient deze doelen in mindere mate dan de immuniteit van de parlementariër persoonlijk dat doet.

(1) Het algemeen belang is gediend met parlementariërs die zonder vrees voor de rechter debatteren. Het lijkt echter onwaarschijnlijk dat de mogelijkheid om *de Staat* een civiel proces aan te doen, immuniteitsgerechtigden zoveel angst zou inboezemen dat zij zich in hun parlementaire uitingsvrijheid beknot zouden voelen. De Staat is immers gedaagde en loopt het aansprakelijkheidsrisico; de immuniteitsgerechtigde blijft buiten schot. Mogelijk zal een volksvertegenwoordiger het zich persoonlijk aantrekken als de Staat schadeplichtig blijkt voor zijn uitlatingen. Enige 'sociale druk' kan deze aansprakelijkheid dus wel opleveren. Een volksvertegenwoordiger staat echter voortdurend van alle kanten onder druk, van partner en familie, van de media, van partij, fractie, oppositie enzovoorts. Tegen enige sociale druk hoort een volksvertegenwoordiger bestand te zijn.¹⁸⁷ De parlementaire immuniteit beschermt hen tegen de vrees voor persoonlijke juridische consequenties van zijn woorden. Dat blijft gewaarborgd.

(2) Op het punt van de machtscheiding wordt wél wat ingeboet bij aanvaarding van *égalité*-aansprakelijkheid voor het parlementaire debat. De rechter beoordeelt daarbij immers indirect parlementaire uitlatingen. Omdat het gaat om *égalité*-aansprakelijkheid is de inbreuk op de machtscheiding volgens mij echter veel geringer dan bij een vordering uit onrechtmatige daad het geval zou zijn. Een vordering op basis van het *égalité*-beginsel strekt immers uitsluitend tot verkrijging van financiële compensatie. Bij toewijzing van de vordering spreekt de rechter bovendien niet uit dat een parlementaire uitlating onrechtmatig was. Hij kan dus ook geen declarator van die strekking geven, noch kan hij een rectificatie bevelen of de Staat gebieden bepaalde uitlatingen in het parlement (via zijn organen) achterwege te laten. *Égalité*-aansprakelijkheid kan slechts de ernstigste (potentiële) uitwassen van de parlementaire immuniteit financieel verzachten: de rechter beoordeelt, of het parlementaire debat voor een indivi-

186. Zie par. II.

187. Anders: Hof Den Haag 27 mei 2004, *NJF* 2004, 492, r.o. 6, dat meent dat reeds de wetenschap dat de Staat aansprakelijk zou kunnen zijn, de vrijheid van de deelnemers aan het debat onaantvaardbaar beknot.

dule burger nadelen met zich brengt, die in redelijkheid niet volledig voor zijn rekening horen te blijven.

Het eerste doel van de parlementaire immuniteit wordt dus niet, en het tweede doel wordt in beperkte mate geraakt door égalité-aansprakelijkheid voor het parlementaire debat.

V.2 Voordelen

De voornaamste prijs van de parlementaire immuniteit is dat zij burgers iedere juridische remedie onttrekt tegen nadelen die het parlementaire debat hun kan berokkenen. Het geval van mevrouw A in het Verenigd Koninkrijk illustreert dat het hier geen denkbeeldig probleem betreft.¹⁸⁸ Door onbekookte uitlatingen van een *Member of Parliament* wordt zij het slachtoffer van zulke ernstige treiterijen van buurtgenoten dat haar weinig keus rest dan te verhuizen. Zo wordt zij op tamelijk willekeurige wijze de dupe van de profileringsdrang van een politicus. De schade die zij daardoor lijdt, is enorm. Een financiële compensatie had de pijn hier kunnen verzachten.

Overigens zal égalité-aansprakelijkheid voor het parlementaire debat vooral een toegevoegde waarde hebben als door dat debat schadelijke des-informatie de wereld in wordt gebracht. Weliswaar houdt de Kamervoorzitter toezicht op de 'vergaderhygiëne' in de Kamer, maar dat toezicht is voornamelijk gericht op de *vorm* van parlementaire uitlatingen: hij grijpt in als deelnemers aan het debat over de schreef gaan door beledigende uitdrukkingen te gebruiken, de orde te verstoren of aan te sporen tot onwettig handelen.¹⁸⁹ Van de Kamervoorzitter kan echter niet verwacht worden dat hij *on the spur of the moment* beoordeelt of er onwaarheden worden gedebiteerd. De voorzitter zal ter plaatse immers zelden over de benodigde informatie beschikken om de juistheid van beweringen te toetsen en bovendien is tegenspraak niet mogelijk als de onjuiste informatie een buitenstaander betreft.¹⁹⁰ In een civiele procedure kan achteraf in alle rust de juistheid van een uitlating worden beoordeeld.¹⁹¹ Op dit punt zou civiel-rechtelijke toetsing een harmonieuze aanvulling vormen op het toezicht van de Kamervoorzitter.

Hiervoor, bij V.1 werd al geconcludeerd dat de baten van staatsimmuniteit geringer zijn dan die van de immuniteit van de individuele parlemen-

188. Zie par. I.4 onder b.

189. Art. 58 RvOTK.

190. Zie ook De Jong 1987.

191. Op dit punt sluit ik mij aan bij De Jong 1987, die in een fraai stuk over staatsaansprakelijkheid voor parlementaire uitlatingen hetzelfde onderscheid maakt tussen vorm en inhoud.

tariër. In deze paragraaf werd betoogd dat deze aansprakelijkheid mogelijke uitwassen van de parlementaire immuniteit kan verzachten. Daarom meen ik dat zij aanvaard zou moeten worden. Rest de vraag, hoe een dergelijke aansprakelijkheid te construeren valt.

4.3 *Constructie van een afgeleide overheidsaansprakelijkheid*

Als een burger als gevolg van het parlementaire debat onevenredig nadeel lijdt, kan als volgt worden geredeneerd. Art. 71 Gw blokkeert de persoonlijke aansprakelijkheid van parlementariërs voor hun uittalingen in het parlement. Deze rechtsfiguur bewerkstelligt een onbevreesd parlementair debat en zij versterkt de machtenscheiding, twee doelen waarmee het algemeen belang in hoge mate is gediend. De gevolgen van de immuniteit kunnen voor een enkeling soms echter onaanvaardbaar zijn. De getroffenene kan zich dan tegen de schadelijke uittalingen als zodanig niet verzetten. Hij heeft zijn lot in het algemeen belang te verduren. De Staat is het overheidsverband dat het parlementaire debat organiseert en hij is het overheidsverband dat de individuele deelnemers daaraan door art. 71 Gw van de rechter afschermt.¹⁹² De Staat zou de onevenredige schade voor zijn rekening moeten nemen die deze in het algemeen belang genomen maatregelen in uitzonderlijke gevallen met zich kunnen brengen.

Doordat deze aansprakelijkheid berust op het *égalité*-beginsel, valt zij te verzoenen met de parlementaire immuniteit. Om te beginnen onderstreept deze constructie, dat de staatsaansprakelijkheid slechts strekt tot verzachting van de ernstigste gevolgen van het gedrag van parlementariërs, niet tot correctie van dat gedrag. Bovendien kan de rechter terughoudender zijn bij zijn kwalificatie van de schadelijke uittalingen: hij hoeft er niet met zoveel woorden het etiket 'onrechtmatig' op te plakken, waardoor hij minder snel in politiek vaarwater geraakt, mede omdat zijn dictum – als gezegd – uitsluitend strekt tot het bieden van financiële compensatie, niet tot rectificatie of andere vormen van 'correctie'. Tot slot wordt in het kader van de *égalité*-aansprakelijkheid algemeen aanvaard, dat schade die binnen het normaal maatschappelijk risico van de getroffenene valt, voor eigen rekening blijft. Bij een vordering tot schadevergoeding voor het parlementaire debat kan deze gedachte worden meegenomen. Is de getroffenene een publieke figuur die stevig de maat wordt genomen, dan zal dit doorgaans deel uit-

192. De *Conseil d'État* aanvaardde ooit een vergelijkbare, 'plaatsvervangende' *égalité*-aansprakelijkheid van de Franse Staat tegenover een burger die niet kon procederen tegen een diplomaat aan wie immuniteit was verleend. De Franse Staat was uit rechtmatige daad aansprakelijk als ondertekenaar van het verdrag dat de immuniteit verleende. *Conseil d'État* 29 oktober 1976. Recueil 453, 1977 (Ministre des Affaires étrangères v. Dame Burgat et autres). Zie de tekst van mijn mede-adviseur Schrijver, noot 125.

maken van diens normaal maatschappelijk risico. Is de 'beledigde partij' lid van hetzelfde vertegenwoordigende orgaan – zoals in het al genoemde geval van Statenlid Lampe – dan lijkt mij zelfs dat hem in beginsel geen recht op compensatie toekomt. Politieke averij door het parlementaire debat is een risico dat inherent is aan het politieke ambacht en dat zoveel mogelijk binnen de politieke gremia zelf moet worden voorkomen. Als de getroffen echter is te kenschetsen als een willekeurige buitenstaander die het slachtoffer wordt van politieke profileringsdrang, valt eerder te concluderen dat de door de uitlatingen veroorzaakte schade het normaal maatschappelijk risico te buiten gaat. Bovendien kan de rechter bij de vaststelling van het normaal maatschappelijk risico gewicht doen toekomen aan de vraag of schadelijke uitlatingen waar zijn: juist op dat punt kan om redenen die al genoemd werden niet te veel van de Kamervoorzitter verwacht worden. Mij lijkt dat schade, veroorzaakt doordat in het parlementaire debat onwaarheden over een particulier de wereld in zijn gebracht, buiten het normale risico valt dat een burger in onze samenleving heeft te dragen.

Ik geef toe: dit is een wat aparte vorm van égalité-aansprakelijkheid. Hoewel zij geen onrechtmatigheidstoetsing inhoudt, krijgt zij daar soms toch trekken van, vooral als de rechter de juistheid van in het parlement gedane beweringen toetst. Toch ben ik er warm voorstander van. De parlementaire immuniteit is een oeroud en beproefd instituut, dat echter onder omstandigheden nare consequenties kan hebben voor buitenstaanders. Égalité-aansprakelijkheid zou deze bittere pil kunnen verzachten, zonder dat daarvoor de doelen van de immuniteit te zeer in het gedrag komen.

VI. Slot

In dit preadvies heb ik de parlementaire immuniteit aan een nieuwe beschouwing onderworpen. Dit leverde geen pleidooi op om het roer radicaal om te gooien. Integendeel: de conclusie luidt veeleer, dat er nog altijd betekenis toekomt aan het beproefde Nederlandse instituut van de immuniteit voor binnenparlementaire uitlatingen. Wel wordt gepleit voor aanvaarding van égalité-aansprakelijkheid van de Staat ten aanzien van derden: de Staat zou de ernstigste gevolgen van de parlementaire immuniteit voor zijn rekening moeten nemen omdat juist hij de parlementaire debatten in het algemeen belang doet plaatsvinden. Daarmee zou het belangrijkste nadeel van de immuniteit – het feit dat burgers iedere remedie wordt ontnomen tegen nadeel dat hun door parlementaire uitlatingen wordt toegebracht – worden verzacht.

Literatuur

Van den Berg 2010

Joop van den Berg, Het verkeerde adres, column van 23 april 2010, te vinden op www.parlement.com.

Van den Berg 2011

Joop van den Berg, Welke rechter?, column van 3 juni 2011, te vinden op www.parlement.com.

Bootsma, Van den Braak & Verhey 2012

Peter Bootsma, Bert van den Braak & Luc Verhey (red.), *Kringen in de Hofvijver* (liber amicorum Joop van den Berg), eigen beheer, 2012.

Bovend'Eert 2011

P.P.T. Bovend'Eert, 'Parlementaire immuniteit en strafrechtelijke aansprakelijkheid van Kamerleden in onderling perspectief', in: P.H.P.H.M.C. van Kempen e.a. (red.), *Levend strafrecht. Strafrechtelijke vernieuwingen in een maatschappelijke context* (liber amicorum Ybo Buruma), Deventer: Kluwer 2011, p. 41-48.

Bovend'Eert & Kummeling 2010

P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Kluwer 2010.

Broeksteeg 2012

J.L.W. Broeksteeg, 'Parlementaire immuniteit: over heldere normen en vage criteria', in: Bootsma, Van den Braak & Verhey 2012, p. 250-254.

Buruma 2008

Y. Buruma, 'Strafvervolgning van een Kamerlid', *NJB* 2008, p. 749-750.

Dassen 1938

J.M.H. Dassen, *De grondwetsherziening 1938* (diss. Nijmegen), Maas-tricht: N.V. Leiter-Nypels 1938.

Dölle & Elzinga 2004

A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Elzinga 1990

D.J. Elzinga, 'Parlementaire onschendbaarheid voor volksvertegenwoordigers. Verouderd instituut of onmisbare bescherming?', in: D.J. Elzinga, *De*

staat van het recht. Opstellen over staatsrecht en politiek, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Elzinga 2009

D.J. Elzinga, *Immuniteit versus geheimhoudingsplicht. Advies aan de gemeente Ede d.d. 25 augustus 2009*, te vinden op www.binnenlandsbestuur.nl.

Gregg 1981

Pauline Gregg, *King Charles I*, Londen: J.M. Dent & Sons Ltd 1981.

Halsema 2011

Femke Halsema, Afscheidsbrief aan de Tweede Kamer, *Handelingen II* 2010/2011, nr. 37, item 1, p. 1.

Hennekens 2010

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Immuniteit, geheimhouding en vergaderorde', *Gst.* 2010, 51.

Hood Phillips & Jackson 2001

O. Hood Phillips & P. Jackson, *Constitutional and administrative law*, 8th edition, Londen: Sweet & Maxwell 2001.

Hoos 2012

N. Hoos, 'Een maas in de wet. Het lekken van geheime informatie door immuniteitsgerechtigde ambtsdragers', *NJB* 2012, 587.

Van der Hulst 2000

Marc van der Hulst, *The parliamentary mandate. A global comparative study*, Genève: Inter-Parliamentary Union 2000.

De Jong 1987

B.F. de Jong, 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor uitlatingen van immuniteitsgerechtigden', in: B.F. de Jong, C.A.J.M. Kortmann & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Nijmeegs staatsrecht* (Beekman-bundel), Nijmegen: GNI 1987, p. 47 e.v.

Jurgens 2010

E.C.M. Jurgens, 'Een gedurfde stelling', *TvCR* 2010, p. 322-326.

De Morree 2010

P. de Morree, 'Parlementaire immuniteit: discutabel privilege of onmisbaar instrument?', in: Nehmelman 2010a, p. 25-48.

Munneke 2012

S. Munneke, 'Orde en onvervolgbaarheid', *Gst.* 2012, 1.

Van Kempen 2008

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie RU Nijmegen), Nijmegen: WLP 2008.

Kortmann 2012

C.A.J.M. Kortmann (bew. door P.P.T. Bovend'Eert e.a.), *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Nehmelman 2010

R. Nehmelman, 'De verboden politieke meningsuiting als ambtsmisdrif', in: Nehmelman 2010a, p. 7-23.

Nehmelman 2010a

R. Nehmelman (red.), *Parlementaire immuniteit vanuit een Europese context bezien*, Nijmegen: WLP 2010.

Nehmelman 2011

R. Nehmelman, 'Spreek is zilver, maar wie bepaalt of zwijgen goud is?', *AA* 2011, 355.

Nieuwenhuis 2010

A.J. Nieuwenhuis, 'Tussen grondrechtelijke vrijheid en parlementaire onschendbaarheid: de vrijheid van meningsuiting van de parlementariër', *TvCR* 2010, p. 4-23.

Oud 1967

P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden. Deel I*, 2^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjcken Willink 1967.

Peters 2010

J.A. Peters, 'Immuniteit ook buiten het parlementaire debat', *TvCR* 2010, p. 327-330.

Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006

D.J. Elzinga & R. de Lange m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Van Sintmaartensdijk 2011

Jeroen van Sintmaartensdijk, 'Een parlementariër en zijn vrijheid van

meningsuiting. De parlementaire onschendbaarheid naar het huidige tijdsbeeld vertaald', *NJB* 2011, 1672.

Schutgens 2012

R.J.B. Schutgens, *Vorm of inhoud. Een beschouwing over de keuze tussen formele en materiële normomschrijvingen in het publiekrecht* (oratie RU Nijmegen), Nijmegen 2012.

Sottiaux 2010

Stefan Sottiaux, 'Parlementaire immuniteit en de uitingsvrijheid van parlementsleden in de Belgische Grondwet', in: Nehmelman 2010a, p. 49-67.

Tjepkema 2010

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Triffterer 2008

Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal court*, 2nd edition, München: C.H. Beck 2008.

Turpin & Tomkins 2011

Colin Turpin & Adam Tomkins, *British Government and the Constitution*, 7th edition, Cambridge: Cambridge University Press 2011.

Verhey 2012

L.F.M. Verhey, 'Met welk recht? Over de jurist en de politiek', in: Bootsma, Van den Braak & Verhey 2012, p. 255-259.

Versteden 2010

C.J.N. Versteden, 'Maatregelen tegen schending van de geheimhoudingsplicht door immuniteit genietende raadsleden', *Gst.* 2010, 17.

Voermans 2012

W. Voermans, 'Parlementariërs en de rechter', in: Bootsma, Van den Braak & Verhey 2012, p. 240-249.

Waalwijk 1968

H.P. Waalwijk, *Het Britse parlement*, Apeldoorn: Semper Agendo 1968.

Wingfield-Stratford 1949

Esmé Wingfield-Stratford, *King Charles and King Pym*, Londen: Hollis & Carter 1949.

Immunities in the civil law: handhaven of anpassen?

A.J. Verheij*

Inhoudsopgave

1.	Vraagstelling en opbouw	65
2.	Immunities	67
2.1	Inleiding	67
2.2	Aansprakelijkheid is volledig uitgesloten	67
2.3	Verhoogde drempel voor aansprakelijkheid	73
2.4	Aansprakelijkheidsplafonds	77
2.5	Onvergoedbaarheid van bepaalde schadeposten	81
3.	Analyse	82
3.1	Inleiding	82
3.2	Rechtvaardiging	83
3.3	Beschermde en getroffen personen en belangen	85
3.4	Lijkt de immunititeit omstreden in de literatuur?	86
3.5	Hoe functioneert de immunititeit in de praktijk?	87
3.6	Wie heeft de immunititeit geïntroduceerd?	89
3.7	Nieuw Burgerlijk Wetboek: continuïteit of verandering?	90
3.8	Conclusie	91
4.	Evaluatie	92
4.1	Inleiding	92
4.2	Rechtseconomisch perspectief	92
4.2.1	<i>Rechtseconomische inzichten</i>	92
4.2.2	<i>Olievervuiling op zee</i>	94
4.2.3	<i>Conclusies</i>	96

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen. Graag zeg ik dank aan degenen die commentaar hebben geleverd op eerdere versies van dit preadvies: Bart Krans, mijn collega-preadviseurs en de leden van de NJV voorbereidingscommissie. Verder wil ik student-assistent Roud Naarsing danken voor het verrichten van ondersteunende werkzaamheden. Het onderzoek is afgesloten op 1 januari 2013.

4.3	Sociaalpsychologisch perspectief	97
4.3.1	<i>Defensief gedrag</i>	97
4.3.2	<i>Het rechterlijk oordeel en de hindsight bias</i>	100
4.3.3	<i>Conclusie</i>	101
4.4	Juridisch perspectief	102
4.4.1	<i>Inleiding</i>	102
4.4.2	<i>Mensenrechtelijk perspectief</i>	102
4.4.3	<i>Hoedanigheid van partijen</i>	106
4.4.4	<i>Rechtsgelijkheid en kwaliteit argumentatie wetgever</i>	107
4.4.5	<i>Conclusie: ongemotiveerde rechtsongelijkheid</i>	110
4.5	Algemene Conclusie	110
5.	Aanbevelingen	111
5.1	Inleiding	111
5.2	Onbehagen met immuniteten	111
5.3	Aanbevelingen voor de wetgever	113
5.4	Aanbevelingen voor de rechter	115
5.4.1	<i>Inleiding</i>	115
5.4.2	<i>Meer gewicht toekennen aan bepaalde gezichtspunten</i>	115
5.4.3	<i>Toepassing gezichtspunten: heroverweging van enkele arresten</i>	120
5.4.4	<i>Algemene aanbevelingen</i>	125
5.5	Besluit	126
	<i>Literatuur</i>	127

1. Vraagstelling en opbouw

Wanneer een partij immuniteit geniet, dan wil dat zeggen dat zij civiel-rechtelijk niet aansprakelijk kan worden gehouden. Het begrip immuniteit komt niet voor in het Burgerlijk Wetboek en vormt vermoedelijk mede daarom praktisch geen voorwerp van discussie in de privaatrechtelijke handboeken.¹ Het Nederlandse recht wijkt daarmee op het eerste gezicht af van bijvoorbeeld het Engelse recht waar traditioneel immuniteiten bestaan op verschillende gebieden.² Pas in 2001 schafte het toenmalige *House of Lords* (thans het *United Kingdom Supreme Court*) de immuniteit van advocaten jegens hun cliënten af.³ Immuniteit van *expert witnesses* werd in 2011 afgeschaft.⁴

Als het begrip immuniteit niet letterlijk, maar naar de kern wordt genomen, blijkt echter dat ook het Nederlandse privaatrecht niet onbekend is met dit fenomeen. In essentie houdt een immuniteit in dat de gewone regels van aansprakelijkheid en schadevergoeding (art. 6:74 BW, art. 6:162 BW, de daarop volgende risicoaansprakelijkheden en afd. 6.1.10) niet van toepassing zijn. Daarvan is sprake als een partij in het geheel niet aansprakelijk gehouden kan worden, maar ook als slechts aansprakelijkheid tot een bepaald plafond bestaat. Vanaf het plafond bestaat immuniteit, zo kan men zeggen. Er wordt een uitzondering gemaakt op het beginsel van volledige schadevergoeding. Dat geen sprake is van volledige immuniteit, lijkt geen principieel verschil maar slechts een kwestie van gradatie te zijn. Waar het om gaat, is dat het onwenselijk is geoordeeld dat een partij boven een bepaald bedrag aansprakelijk kan zijn. Vanaf het plafond gelden de normale regels van aansprakelijkheid en schadevergoeding niet meer. Dit is slechts één voorbeeld, maar er zijn meer afwijkingen van de normale regels van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De gevallen waarin aansprakelijkheid geheel is uitgesloten, waarin de drempel voor aansprakelijkheid hoger ligt dan gewoonlijk (geen gewone onzorgvuldigheid maar grove schuld bijvoorbeeld) en ten slotte de gevallen waarin bepaalde schadeposten niet voor vergoeding in aanmerking komen.

In dit preadvies wordt het begrip immuniteit derhalve functioneel opgevat. Dat wil zeggen dat de analyse zich niet beperkt tot gevallen waarin sprake is van een immuniteit in de traditionele betekenis van het woord, namelijk volledige afwezigheid van aansprakelijkheid (op grond van wanprestatie

1. Dit begrip komt bijvoorbeeld blijkens het trefwoordenregister niet voor in Spier, Hartlief, Van Maanen, Vriesendorp 2009 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011.

2. Markesinis and Deakin 2008, p. 208-221.

3. *Hall v Simons* [2001] 1 AC 615.

4. *Jones v Kaney* [2011] UKSC 13.

en onrechtmatige daad). Aan de orde komen de belangrijkste gevallen waarin – ten nadele van benadeelden – wordt afgeweken van de normale regels van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. De rechtvaardiging voor gezamenlijke behandeling is precies daarin gelegen: er wordt afgeweken van de normale regels en dat is niet vanzelfsprekend. Immunititeit in de traditionele betekenis van het woord houdt in dat een partij boven het aansprakelijkheidsrecht staat en in zoverre geprivilegieerd is. Dat behoeft rechtvaardiging. Het staat immers op gespannen voet met fundamentele noties als de ‘rule of law’ en rechtsgelijkheid. Dat ligt echter niet principieel anders voor andere gevallen waarin sommige onderdelen van het aansprakelijkheids- of schadevergoedingsrecht buiten de deur zijn gehouden. De partij in wiens voordeel dat is gebeurd, staat daar dan in zoverre eveneens boven.

De vraagstelling van dit preadvies is: bestaat er voldoende rechtvaardiging voor de in dit preadvies te behandelen immunititeiten (lees: afwijking van de normale regels van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht) en zo nee, langs welke lijnen zou het recht zich verder kunnen ontwikkelen?

Deze vraagstelling heeft verschillende beperkingen. Zo wordt niet ingegaan op feitelijke immunititeiten: het geval dat de benadeelde feitelijk geen toegang tot de rechter heeft wegens de hoge kosten voor juridische bijstand en het geval dat de aansprakelijke partij over zo weinig middelen beschikt dat het geen zin heeft om hem aan te spreken (‘van een kale kip valt niets te plukken’). Eveneens buiten zicht blijven leerstukken die verhinderen dat een partij kan worden aangesproken, maar die geen uitzondering op de gewone regels vormen: verval- en verjaringstermijnen en beperking van aansprakelijkheid van de aandeelhouder tot het bedrag van inleg.⁵ Deze beperkingen gelden immers algemeen.

De opbouw van dit preadvies is als volgt. Allereerst volgt een inventarisatie van een aantal gevallen waarop de normale regels van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht (hierna soms kortheidshalve: de normale regels) niet onverkort van toepassing zijn inclusief de daarvoor gegeven rechtvaardigingen (paragraaf 2). Na een nadere analyse (paragraaf 3), worden deze rechtvaardigingen ten slotte kritisch gewogen en waar nodig te licht bevonden (paragraaf 4). Paragraaf 5 ten slotte, bevat een aantal aanbevelingen aan wetgever en rechter. Paragraaf 2 heeft onvermijdelijk een

5. Zelfs het feit dat iemands civielrechtelijke aansprakelijkheid tot zijn vermogen is beperkt en de schuldenaar niet zoals in het Romeinse recht (tot de Lex Poetilia van 326 v. Chr.) als slaaf kan worden verkocht door zijn schuldeiser, zou als immunititeit kunnen worden gezien.

'opsommerig' karakter. De haastige of ongeduldige lezer kan deze paragraaf gemakshalve overslaan.

2. Immuniteiten

2.1 Inleiding

In deze paragraaf passeren vier categorieën gevallen de revue waarin op belangrijke punten wordt afgeweken van de normale regels. Ten eerste de immunitet in traditionele zin: aansprakelijkheid is geheel uitgesloten (paragraaf 2.2). Ten tweede gevallen waarin een verhoogde drempel voor aansprakelijkheid geldt (paragraaf 2.3). Ten derde gevallen waarin een aansprakelijkheidsplafond bestaat (paragraaf 2.4). Ten slotte gevallen waarin bepaalde schadeposten niet worden vergoed (paragraaf 2.5). Vanzelfsprekend is deze opsomming niet volledig, getracht is per categorie een aantal in het oog springende en praktisch relevante gevallen te selecteren.⁶

2.2 Aansprakelijkheid is volledig uitgesloten

Persoonlijke aansprakelijkheid van de rechterlijk ambtenaar

Voor schade die de rechterlijk ambtenaar of RAO (hierna: rechterlijk ambtenaar) bij de vervulling van zijn ambt toebrengt aan derden is uitsluitend de Staat aansprakelijk (art. 42 lid 1 Wet Rechtspositie Rechterlijke Ambtenaren (WRA)).⁷ Als voorbeelden worden genoemd het zoek maken van stukken, het veroorzaken van een ongeval op weg naar een descepte of het veroorzaken van brand in het paleis van justitie door het werpen van een smulende peuk in een papiermand. De rechterlijk ambtenaar is als gevolg van art. 42 lid 1 WRA dus niet persoonlijk aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad (of op welke grond dan ook). In aansluiting op (thans) art. 7:662 BW en art. 6:170 lid 3 BW heeft de Staat slechts verhaal op de rechterlijk ambtenaar indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid (art. 42 lid 2 WRA). Voor schade die het gevolg

6. Zo blijven bijvoorbeeld het op 29 juli 1960 te Parijs tot stand gekomen Verdrag inzake wettelijke aansprakelijkheid op het gebied van kernenergie (Trb. 1961, 27; 1962, 64) met de daarbij behorende protocollen (Trb. 1964, 178 en Trb. 1983, 80) en de daarop gebaseerde Wet aansprakelijkheid kernongevallen van 17 maart 1979 (Stb. 1980, 2) buiten beschouwing.
7. Uit de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II, 24 220, nr. 3, p. 4) blijkt dat beoogd is 'buiten twijfel te stellen' dat de Staat aansprakelijk is ook als hij dat op grond van art. 6:162 BW, art. 6:170 BW of art. 6:172 BW niet zou zijn. Wat daarmee wordt bedoeld, is onduidelijk, zie Van Bogaert 2005, p. 243-244, Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV*, 2011, 386 gaan er kennelijk van uit dat deze bepaling geen aparte aansprakelijkheid van de Staat vestigt.

is van een *uitspraak* is de rechterlijk ambtenaar noch extern jegens derden noch intern jegens de Staat persoonlijk aansprakelijk (art. 42 lid 3 WRA).⁸ Art. 42 WRA maakt dus onderscheid tussen bedrijfsfouten enerzijds (lid 1) en onrechtmatige rechtspraak anderzijds (lid 3).⁹

De immuniteit van de rechterlijk ambtenaar jegens derden voor *bedrijfsfouten* (art. 42 lid 1 WRA) heeft tot doel te voorkomen dat het vertrouwen in de rechterlijke macht wordt geschaad. Als een rechterlijk ambtenaar persoonlijk aansprakelijk zou kunnen worden gesteld zou afwijzing van de vordering kunnen leiden tot de beschuldiging van 'vriendjespolitiek'. Omgekeerd zou uit vrees voor die beschuldiging te snel persoonlijke aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen.¹⁰ Dit wordt met geen enkel empirisch gegeven onderbouwd.¹¹ Voorts wordt opgemerkt dat de breuk met het tot dan toe geldende recht niet groot is aangezien aansprakelijkheid pas in geval van persoonlijke verwijtbaarheid wordt aangenomen.¹²

Ter onderbouwing van de externe en interne immuniteit van de rechter voor *onrechtmatige uitspraken* (art. 42 lid 3 WRA) worden evenmin principiële of empirisch gestaafe argumenten aangedragen. Gesteld wordt slechts dat gezien het gesloten systeem van rechtsmiddelen rechterlijke uitspraken in beginsel buiten de aansprakelijkheidssfeer dienen te worden gehouden en dat "Algemeen wordt aangenomen (...) dat schade als gevolg van onrechtmatige rechtspraak in ieder geval geen persoonlijke aansprakelijkheid van rechters kan doen ontstaan."¹³

8. Of de Staat daarvoor aansprakelijk is, wordt in de MvT onder verwijzing naar IIR 3 december 1971, NJ 1972, 137, m.nt. GJS (Jan Luyken) betwijfeld. De Hoge Raad formuleerde in die zaak als criterium voor aansprakelijkheid van de Staat immers dat bij voorbereiding van de rechterlijke beslissing sprake diende te zijn van veronachtzaming van zo fundamentele beginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zie over dit onderwerp hierna paragraaf 2.3. HR 4 december 2009, NJ 2011, 131, m.nt. JBMV (Greenworld) gaat er ten onrechte van uit dat ook voor onrechtmatige uitspraken regres op de rechter mogelijk is (rov. 3.6), zie daarover onder meer NJ-annotator Vranken sub 10.

9. Zie Van Bogaert 2005, p. 243 die op p. 245-247 overigens constateert dat de afgrenzing tussen beide categorieën allerminst helder is.

10. Kamerstukken II, 1994-1995, 24 220, nr. 3, p. 4.

11. Vgl. Van Bogaert 2005, p. 245.

12. IIR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165, m.nt. CJHB (Staat & Van Hilten/M). Van Bogaert 2005, p. 245-247 merkt op dat de verwijzing naar dit arrest bevreemding wekt nu het om de vraag ging of een Officier van Justitie aansprakelijk was voor overschrijding van zijn wettelijke bevoegdheden. Dat lijkt eerder in de sfeer van onrechtmatige uitspraken (lid 3) te liggen, dan in de sfeer van bedrijfsfouten (lid 1). Kritisch over deze uitspraak Kortmann 1993, p. 926 die het terughoudender criterium van opzet of bewuste roekeloosheid voorstelt.

13. Kamerstukken II, 1994-1995, 24 220, nr. 3, p. 5.

Waarschijnlijk het belangrijkste bezwaar tegen persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter wegens een uitspraak is dat dit zijn onafhankelijkheid zou ondermijnen. Daar wordt in andere landen evenwel anders over gedacht en sommige schrijvers zijn daarom op dit punt kritisch.¹⁴

Kinderen tot veertien jaar

Art. 6:164 BW bepaalt dat een onrechtmatige daad gepleegd door kinderen die de leeftijd van veertien jaar nog niet hebben bereikt, niet aan hen kan worden toegerekend. Hoewel dat in de literatuur niet als zodanig wordt benoemd¹⁵, is dit in feite een immuniteit.

Art. 6:164 BW continueert de onder het oud BW bestaande regel dat jeugdige leeftijd aan aansprakelijkheid in de weg kan staan.¹⁶ De leeftijdsgrens is omwille van de rechtszekerheid ingevoegd, waarbij in eerste instantie de leeftijd van twaalf jaar werd aangehouden.¹⁷ Argumenten hiervoor waren de afwezigheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid onder de twaalf jaar, het feit dat het kind op deze leeftijd 'doorgaans de lagere school verlaat en een voortgezette opleiding begint, die een groter beroep op zelfstandigheid en verantwoordelijkheid doet' en *last but not least* de verzekeraarbaarheid van de aansprakelijkheid van de ouders.¹⁸ Wegens de verwachting dat het optrekken van de leeftijdsgrens naar veertien jaar voor de verzekeringspremies geen wezenlijk verschil zou uitmaken, is daarvoor gekozen.¹⁹ Door deze regeling is een balans getroffen tussen bescherming van kinderen en benadeelden, waarbij het belang dat kinderen hun leven niet moeten beginnen 'met een wellicht ondragelijke schuld' voor kinderen van veertien jaar en ouder grond kan vormen voor matiging op grond van art. 6:109 BW.²⁰

Beklemd middenstander

Op grond van art. 7:24 lid 2 BW is de verkoper bij een consumentenkoop in beginsel niet aansprakelijk voor schade van de consument indien de tekortkoming een gebrek in de zin van art. 6:185 e.v. BW (produktenaansprakelijkheid) oplevert. De aansprakelijkheid wordt dan naar de producent gekanaliseerd.

Deze kanalisering is de uitkomst van een afweging van de belangen van consument-koper, verkoper en producent. Het werd gerechtvaardigd ge-

14. Van Bogacrt 2005, p. 247, 486-487 en Janssen 2008, par. 4. Andere auteurs daarentegen niet, zie Kortmann 1993, p. 926 en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV*, 2011, 390.

15. Zie bijvoorbeeld Van Maanen 2009, nr. 77.

16. PG Boek 6, p. 653.

17. PG Boek 6, p. 652.

18. PG Boek 6, p. 654-655.

19. PG Boek 6, p. 656-657.

20. PG Boek 6 p. 652 en 654.

oordeeld de detaillist-verkoper te compenseren voor de verregerende bescherming van de consument-koper. Daarbij speelde een rol dat de detaillist-verkoper slechts de functie van doorgeefluik vervult.²¹ In de literatuur is de kanalisatiegedachte bekritiseerd.²²

Volledige exoneration²³

Ons contractenrecht laat het toe dat bij een overeenkomst tussen professionele partijen de ene partij zich volledig vrijtekent, zowel voor schade uit wanprestatie als uit onrechtmatige daad.²⁴ Broep op een dergelijk beding is in geval van grove schuld²⁵ van tewerkgestelden (ondergeschikten en hulppersonen) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar (art. 6:248 lid 2 BW).²⁶

De rechtvaardiging voor exonerationclausules valt te zoeken in de contractsvrijheid en in economische overwegingen. Zeker in de commerciële context is de wederpartij vrij om af te zien van de overeenkomst of om niet akkoord te gaan met de exoneration. Een helder geformuleerde (maar daar ontbreekt het nogal eens aan) exonerationclausule informeert de wederpartij over de risico's die hij loopt zodat hij voorzorgsmaatregelen kan treffen (verzekering, reserve).²⁷ Meer algemeen waarborgen exonerationclausules dat (kleine) ondernemers hun diensten tegen een betaalbare prijs kunnen blijven aanbieden. Bij veel diensten staat de beloning immers in geen verhouding tot de risico's (bijvoorbeeld reparatie van auto, stomen van kleding). Dat is niet alleen in belang van de partij die zich vrijtekent, maar vertegenwoordigt ook een maatschappelijk belang.²⁸ Het afsluiten van een

21. Zie met verwijzingen Asser/Hijma 5-1, 2007, nr. 444.

22. Rossel 1992, Snijders 1981, p. 45 en Asser/Hijma 5-1, 2007, nr. 445.

23. Bespreking blijft tot volledige exoneration beperkt aangezien aan een beperkte exoneration geen wezenlijk andere rechtvaardigingen ten grondslag lijken te liggen.

24. Of ook voor onrechtmatige daad (waaronder art. 6:170-172 BW) is vrijgetekend, is een kwestie van uitleg, zie De Jong 2011, nr. 184.

25. Zie voor deze term verder Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1*, 2012, nr. 365 en De Jong 2011, nr. 184.

26. Zie HR 26 maart 1920, NJ 1920, p. 476 (Surinaamse postbode); HR 3 juni 1938, NJ 1938, 920, m.nt. EMM (BOVAG I); HR 31 december 1993, NJ 1995, 389, m.nt. CJHB (Matatag/De Schelde); en HR 15 januari 1999, NJ 1999, 242 (Mastum/Nationale Nederlanden). Dat geldt niet indien de schade is veroorzaakt door degene die de exoneration heeft bedongen of door een leidinggevende van diens bedrijf. Indien het exonerationbeding onderdeel uitmaakt van algemene voorwaarden is art. 6:233 sub a BW eveneens van toepassing. Van den Brink 2002, sub 3.13 pleit voor toetsing aan art. 3:40 lid 1 BW voorafgaand aan toetsing aan de redelijkheid en billijkheid.

27. Van den Brink 2002, p. 62.

28. Zie onder meer Rijken 1983, p. 41-50 en Duyvensz 2003, p. 61-62 die bij bepaling van de redelijkheid van exonerationclausules ook de functies van het schadevergoedingsrecht betreft. Kritisch over de prijsdempende werking van exonerationclausules Hondius 1978, p. 295.

verzekering door gebruiker of wederpartij zou soelaas kunnen bieden, maar is niet altijd mogelijk of kent beperkingen (geen vergoeding van vermogensschade bijvoorbeeld).²⁹

Onverhaalbaarheid van brandweerkosten

De Hoge Raad heeft beslist dat een gemeente geen verhaal heeft ter zake van (na)blussingskosten.³⁰ Dit zou een onaanvaardbare doorkruising opleveren van de Brandweerwet 1985. Deze wet bevat geen regeling voor verhaal en uit de wetsgeschiedenis blijkt dat daar bewust voor is gekozen. Een rol speelt daarbij dat "(...) verhaal van kosten ertoe zou kunnen leiden dat bij de burger een drempel zou kunnen ontstaan om tot alarmering over te gaan, hetgeen uit een oogpunt van openbaar belang onwenselijk is."³¹ In de literatuur is deze uitkomst niet kritisch ontvangen.³²

De 100%-regel bij eigen schuld en uitsluiting van een beroep op overmacht

Een grote afwijking van de normale toepassing van art. 6:101 BW (eigen schuld) vindt plaats bij verkeersongevallen. De Hoge Raad heeft namelijk beslist dat ongemotoriseerde slachtoffers van verkeersongevallen die jonger zijn dan veertien jaar geen eigen schuld hebben en dat hun gedragingen geen overmacht voor de gemotoriseerde verkeersdeelnemer inhouden, behoudens opzet of daaraan grenzende roekeloosheid.³³

Deze rechtspraak moet worden gezien tegen de achtergrond van art. 6:164 BW waarnaar de Hoge Raad expliciet verwijst.³⁴ Het zou vreemd zijn als de gedragingen van kinderen jonger dan veertien jaar niet aan hen kunnen worden toegerekend wanneer zij schade toebrengen aan anderen, maar dat toerekening wel in hun nadeel plaatsvindt indien zij zelf slachtoffer zijn. De Hoge Raad heeft geen soortgelijke regel willen aanvaarden voor andere kwetsbare groepen verkeersdeelnemers zoals bejaarden³⁵, maar heeft

29. Rijken 1983, par. 3.3 en Duyvensz 2003, par. 3.2.3.

30. HR 11 december 1992, NJ 1994, 639, m.nt. MS (Vlissingen/Rize).

31. Rov. 3.6.

32. Zie NJ-annotator Scheltema en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-TV, 2011, nr. 149. Hartlief 1996, p. 109 is van mening dat kostenverhaal slechts mogelijk dient te zijn indien een formele of materiële wet daarvoor de bevoegdheid verleent. Zie verder genuanceerd Bierbooms 1997.

33. HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720, m.nt. CJHB (Ingrid Kolkman) en IIR 31 mei 1991, NJ 1991, 721, m.nt. CJHB (Marbeth van Uitregt). Zie daarover Hartlief 2009a, nr. 156.

34. HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720, m.nt. CJHB (Ingrid Kolkman), rov. 5.3. Zie ook de annotatie van Brunner bij dit arrest onder 1.

35. IIR 28 februari 1992, NJ 1993, 566, m.nt. CJHB (IZA/Vrerink). Dit was wel bepleit door onder andere A-G Hartkamp in zijn conclusie sub 8 voor IIR 1 juni 1990, NJ 1991, 720, m.nt. CJHB (Ingrid Kolkman). Zie voor een overzicht van andere auteurs A-G Strikwerda in zijn conclusie sub 16 voor IZA/Vrerink die hier zelf overigens anders over denkt wegens afwezigheid van een duidelijk wettelijk aanknopingspunt als art. 6:164 BW en het feit dat bejaarden een minder homogene groep vormen dan kinderen (zie conclusie sub 17).

wel een 50%-regel geformuleerd voor fietsers of voetgangers die veertien jaar of ouder zijn.³⁶ Een wetsvoorstel dat beoogde om deze regel te veranderen is ingetrokken.³⁷

Verhouding tussen burgerlijke rechter en strafrechter

Degene die onherroepelijk strafrechtelijk is veroordeeld kan de deskundige wiens verklaring voor die veroordeling is gebruikt, niet in een aparte procedure civielrechtelijk aansprakelijk houden.³⁸ De Groot spreekt hier van feitelijke immunititeit.³⁹ Deze is een gevolg van de wettelijke taakverdeling tussen burgerlijke rechter en strafrechter en het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Indien de burgerlijke rechter de vordering inhoudelijk beoordeelt, zou hij een oordeel geven over de juistheid van een onherroepelijke uitspraak van de strafrechter.

Verhouding tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter: formele rechtskracht

In 1986 heeft de Hoge Raad de regel van de formele rechtskracht geformuleerd die sindsdien voorwerp is geweest van vele beschouwingen en veelvuldig in cassatie aan de orde is gekomen.⁴⁰ Deze regel houdt kort gezegd in dat indien tegen een besluit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan de burgerlijke rechter – zo deze niet is gebruikt – ervan dient uit te gaan dat het besluit zowel wat haar wijze van totstandkoming als wat haar inhoud betreft in overeenstemming is met de relevante wettelijke voorschriften en algemene rechtsbeginselen. Achtergrond van de regel is het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken van bestuursrechter en burgerlijke rechter.⁴¹ De regel is vele malen bij de Hoge Raad aan de orde geweest.⁴²

De precieze inhoud van de regel is zodanig ingewikkeld geworden dat zij zelfs in de woorden van een voorstander ‘enigszins het karakter van mandarijnenwetenschap heeft verkregen en slechts door een beperkt aantal ingewijden geheel wordt doorgrond’.⁴³ De regel is dan ook door vele

36. IIR 28 februari 1992, NJ 1993, 566, m.nt. CJHB (IZA/Vrerink).

37. Kamerstukken II. 1998-1999, 25 759, nr. 5. Zie over dit wetsvoorstel onder meer Van Dam 1997, p. 353-358.

38. Hof Den Haag 8 maart 2011, LJN BQ1107.

39. De Groot 2011, par. 4.3.6.

40. HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926, m.nt. M. Scheltema (Aral) en HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723, m.nt. M. Scheltema (Heesch/Van de Akker).

41. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723, m.nt. M. Scheltema (Heesch/Van de Akker), rov. 3.3.2.

42. Zie onder andere HR 19 juni 1998, NJ 1998, 869, m.nt. M. Scheltema (Kaveka/Apeldoorn); IIR 12 oktober 2001, NJ 2001, 636 (Staat/Siemons); IIR 24 januari 2003, NJ 2003, 629, m.nt. M.R. Mok (Maple Tree); HR 11 maart 2005, NJ 2005, 170 (Premie-fraude); HR 9 september 2005, NJ 2006, 93, m.nt. M.R. Mok (Kuijpers/Valkenswaard); HR 11 april 2008, NJ 2008, 519, m.nt. M.R. Mok (Smals e.s./Gelderland).

43. Scheltema 2009, p. 183.

auteurs bekritiseerd.⁴⁴ Verschillende civilisten hebben naar aanleiding van de Vuurwerkramp te Enschede betoogd dat een uitzondering op de leer van de formele rechtskracht dient te worden aanvaard wanneer letsel- of overlijdensschade ontstaat bij schending van een veiligheidsnorm.⁴⁵ In dat verband is ook gewezen op art. 2, 6 en 13 EVRM.

2.3 Verhoogde drempel voor aansprakelijkheid

Aansprakelijkheid Staat voor onrechtmatige rechterlijke uitspraken

Als criterium voor aansprakelijkheid gold sinds begin jaren zeventig de vraag of “bij de voorbereiding van die beslissing zó fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan”.⁴⁶ Deze rechtspraak berustte op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen en het beginsel dat de rechtszekerheid met zich brengt dat een procedure ooit ophoudt.⁴⁷ Verschillende schrijvers hebben voorgesteld om aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitspraken aan te nemen wanneer ‘geen redelijk rechter tot de gegeven uitspraak had kunnen komen’.⁴⁸

Sinds de uitspraken van het Hof van Justitie in de zaken *Köbler* en *Traghetti/Italië* is evenwel duidelijk dat dit criterium te beperkt is voor wat betreft staatsaansprakelijkheid als gevolg van schending van EU-recht door de rechter.⁴⁹ In de laatste zaak lag de vraag voor of een nationale wettelijke regeling door de beugel kon waarin staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke beslissingen die schending van het EU-recht opleveren, beperkt was tot handelen te kwader trouw of grove schuld van de rechter. Het Hof oordeelde onder verwijzing naar met name zijn arrest in de zaak *Köbler* dat

44. Zie met verwijzingen Scheltema 2009, p. 182-183. De regel wordt niet veranderd in het wetsvoorstel Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten (32 621) dat op 29 januari jl. door de Eerste Kamer is aangenomen.

45. Met name Van Dam 2002a, p. 42, idem, 2002b, p. 106-107; Giesen 2005, p. 83-84 en Van Maanen 2004, p. 791, idem 2005, p. 415-418 en idem 2011, p. 52 en 52.

46. HR 3 december 1971, NJ 1972, 137, m.nt. GJS (Jan Luyken); HR 17 maart 1978, NJ 1979, 204, m.nt. M. Scheltema (X/Staat), IIR 8 januari 1993, NJ 1993, 558, m.nt. HJS (Dr. P.E.R./Staat) en HR 29 april 1994, NJ 1995, 727, m.nt. CJHB en EAA (S/Staat).

47. Zie met verwijzingen A-G Mok sub 2.1 in zijn conclusie bij HR 8 januari 1993, NJ 1993, 558, m.nt. HJS (Dr. P.E.R./Staat) en Meijer 2010, p. 13 en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV*, 2011, 385.

48. Snijders in zijn NJ-annotatie sub 2 bij HR 8 januari 1993, NJ 1993, 558 (Dr. P.E.R./Staat) en idem, 1992, p. 50; Kortmann 1993a, p. 925 (Kortmann 1991, p. 269-285 en idem 1993b, p. 36-37 had nog opzet of grove schuld als voorwaarde geformuleerd).

49. HvJ 30 september 2003, C-224/01, NJ 2004, 160, m.nt. MRM en IIvJ 13 juni 2006, C-173/03, AB 2006, 248 m.nt. E. Steyger, NJ 2006, 543, m.nt. MRM. Zie over *Köbler* o.a. Krans 2004, p. 571-576 en in relatie tot formele rechtskracht Wissink 2004/29.

deze beperking afbreuk doet aan de effectieve werking van het EU-recht. Het nationale recht mag geen eisen stellen voor staatsaansprakelijkheid die verder gaan dan de eisen die het Hof in zijn jurisprudentie uiteen heeft gezet.⁵⁰ Het EU-recht staat derhalve in de weg aan nationale immuniteten ten aanzien van staatsaansprakelijkheid voor schending van EU-recht.

Omstreden is of de Hoge Raad in het *Greenworld*-arrest betreffende aansprakelijkheid van arbiters *en passant* een nieuw criterium heeft geformuleerd voor staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke uitspraken dat afwijkt van *Köbler* en *Traghetti*.⁵¹ De Raad stelt voorop (rov. 3.5): “dat slechts in uitzonderlijke omstandigheden een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheids)rechtelijke uitspraak kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen.” Desalniettemin wordt aansprakelijkheid aangenomen wanneer “de (scheids)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.” (rov. 3.6). Hoe dit ook zij, in de literatuur wordt gepleit de norm voor staatsaansprakelijkheid wegens schending van nationaal recht en EU-recht gelijk te stellen hetgeen neerkomt op een minder strikt criterium.⁵²

Aansprakelijkheid van financiële toezichthouders

Wegens de aan hen toekomende beleidsvrijheid had de Hoge Raad een strengere zorgvuldigheidsmaatstaf geformuleerd voor de aansprakelijkheid van toezichthouders.⁵³ Dit is echter per 1 juli 2012 veranderd als gevolg van de Wet aansprakelijkheidsbeperking DNB en AFM en bonusverbod staatsgesteunde ondernemingen.⁵⁴ AFM en DNB en hun werknemers zijn voor het toezicht dat zij uitoefenen op de naleving van de Wet financieel

50. Rov. 44 en 45. Deze vereisten zijn een gekwalificeerde, dat wil zeggen kennelijke, schending van het toepasselijke gemeenschapsrecht waarbij de geschonden rechtsregel particulariseren rechten toekent en er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de kennelijke schending en de schade. Het Hof verwijst hier naar de arresten HvJ 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), HvJ 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, NJ 1997, 145 (Brasserie du Pêcheur en Factortame III) en HvJ 30 september 2003, C-224/01, NJ 2004, 160, m.nt. MRM (Köbler). Lidstaten kunnen overigens wel soepeler regels voor aansprakelijkheid in het leven roepen. Zie verder over dit onderwerp Meijer 2007 en Sieburgh 2007, p. 501-513.

51. HR 4 december 2009, NJ 2011, 131, m.nt. JBMV (Greenworld). Zie in verschillende zin NJ-annotator Vranken, Meijer 2010 en en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV*, 2011, 386.

52. Vranken in zijn NJ-annotatie bij Greenworld, Meijer 2010, p. 14 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011, 390 die pleiten voor een ruimere aansprakelijkheid.

53. Namelijk de norm van de behoorlijk en zorgvuldig handelende toezichthouder, zie HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529, m.nt. C.C. van Dam (Vic d'Or).

54. Zie het besluit van 20 juni 2012 in Stb. 2012, 289. De wet zelf is gepubliceerd in Stb. 2012, 265.

toezicht (Wft) pas aansprakelijk in geval van – kort gezegd – opzet of grove schuld (art. 1:25d Wft).

De Minister van Financiën geeft hiervoor twee redenen. Een beperking van aansprakelijkheid is ten eerste wenselijk “vanwege de mogelijkheden die die biedt aan financiële toezichthouders voor meer openlijk en kritisch toezicht.”⁵⁵ Voorts wordt zo aansluiting gezocht bij het geldende aansprakelijkheidsregime voor financiële toezichthouders in de ons omringende landen, hetgeen zou bijdragen aan de internationale herkenbaarheid.⁵⁶

Bestuurdersaansprakelijkheid

Sinds 1928 gold een regeling voor aansprakelijkheid van bestuurders van failliete naamloze vennootschappen jegens de boedel indien hen grove schuld of grove nalatigheid verweten kon worden. Deze regeling werd echter weinig toegepast omdat ‘grove schuld’ of ‘grove nalatigheid’ moeilijk was te bewijzen voor de curator.⁵⁷ Vanaf 1987 geldt dat in geval van faillissement van een naamloze of een besloten vennootschap iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is jegens de boedel voor het bedrag van de schulden die niet uit vereffening van de baten kunnen worden voldaan, indien hij zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak was voor het faillissement (art. 2:138/248 BW). Deze regeling is te beschouwen als een bijzondere regeling van de onrechtmatige daad.⁵⁸ Zij is bij de ‘derde misbruikwet’ ingevoerd.⁵⁹ Het doel van de (anti-)misbruikwetgeving was uitdrukkelijk om een prikkel te verschaffen tegen misbruik van rechtspersonen.⁶⁰

Aanvankelijk was in aansluiting op de norm voor interne aansprakelijkheid (thans art. 2:9 BW) als criterium ‘niet behoorlijk’ bestuur voorgesteld. Onder druk van de Tweede Kamer is het woord ‘kennelijk’ toegevoegd om tot uitdrukking te brengen dat het moet gaan om meer dan gewone fouten, onopzettelijke domheden, beleidsfouten, misrekeningen of achteraf onjuiste beoordelingen.⁶¹ Deze hogere drempel is vereist om bestuurders niet te ontmoedigen beslissingen te nemen waaraan een verantwoord ondernemersrisico’s kleefte.⁶² Aansprakelijkheid vereist “een ‘in het oog springen-

55. Kamerstukken II, 2010-2011, 31 123, nr. 6, p. 1.

56. Kamerstukken II, 2010-2011, 31 123, nr. 6, p. 2.

57. Huizink 2010, aant. 1.1.

58. Zie met verwijzingen Huizink 2010, aant. 3.2.

59. Huizink 2010, aant. 1.1.

60. Met verwijzingen Huizink 2010, aant. 1.1.

61. Later is ‘kennelijk niet behoorlijk’ gewijzigd in het huidige ‘kennelijk onbehoorlijk’.

62. Huizink 2010, aant. 3.2. Een strengere norm geldt ook op basis van art. 2:9 BW. Als de bestuurder een persoonlijke zorgplicht schendt, geldt art. 6:162 BW onverkort, zie HR 23 november 2012, RvdW 2012, 1473 (Van de Riet/Hofmann).

de', een bij wijze van spreken elke twijfel uitsluitende onbehoorlijkheid van de taakvervulling".⁶³ Daarbij merkte de minister wel op dat 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' een minder streng criterium vormt dan 'grove schuld' of 'grove nalatigheid'. Voor 'kennelijk onbehoorlijk' bestuur is vereist dat geen redelijk denkend bestuurder in dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben.⁶⁴ In de literatuur is de vraag opgeworpen of de aansprakelijkheid van bestuurders niet te streng is en of dit geen defensief gedrag in de hand werkt.⁶⁵

Beperkte draagplicht van ondergeschikten

Ondergeschikten zijn intern (in de verhouding tot leidinggevende) slechts draagplichtig in geval van opzet of bewuste roekeloosheid (art. 6:170 lid 3 BW).⁶⁶ Hoewel (interne) draagplicht dogmatisch moet worden onderscheiden van (externe) aansprakelijkheid is er vanuit functioneel perspectief reden om ook de draagplicht bij de beschouwingen te betrekken. Omdat van opzet of bewuste roekeloosheid in een minderheid van de gevallen sprake zal zijn, hebben deze bepalingen in de praktijk tot gevolg dat ondergeschikten gevrijwaard blijven van de normale gevolgen van het aansprakelijkheidsrecht. In veel gevallen zal de benadeelde immers de kapitaalcrachtiger leidinggevende aanspreken (art. 6:170 lid 1 BW), die op haar beurt de schade niet kan afwentelen op de ondergeschikte. Als de benadeelde de ondergeschikte mocht aanspreken, kan deze de betaalde schadevergoeding terug vorderen van zijn leidinggevende. In de literatuur is gepleit voor afschaffing van de externe aansprakelijkheid van de werknemer.⁶⁷ Tevens is voorgesteld de term bewuste roekeloosheid in art. 6:170 lid 3 BW op te vatten als ernstige verwijtbaarheid en dus minder stringent dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt.⁶⁸

63. MvA, Kamerstukken II, 16 631, nr. 6, p. 20. Zie verder Huizink 2010, aant. 1.2.

64. Zie met verwijzingen Huizink 2010, aant. 7.4 en 7.5 en onder meer HR 8 juni 2001, NJ 2001, 454 (Panmo). Ook een ernstiger mate van schuld is vereist, hoewel over de precieze norm discussie bestaat, zie voor een overzicht De Valk 2009, par. 221-228. Zie verder Van Schilfgaarde 1986, Wezeman 1998, De Valk 2009, par. 4.3.3.2, Raaijmakers 2010 en Assink 2011.

65. Huizink 2010, aant. 3.2 en vooral Kroeze 2005.

66. Afwijking daarvan bij arbeidsovereenkomst is slechts onder bepaalde voorwaarden mogelijk, zie art. 7:661 lid 2 BW.

67. Spier 1996, p. 332 en Klaassen 2000, p. 35-37.

68. Jansen en Loonstra in hun annotatie bij HR 11 december 1999, JOR 2000, 11 en Klaassen 2000, p. 104. Zie HR 20 september 1996, NJ 1997, 198, m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert) en HR 11 september 1998, NJ 1998, 870 (Van der Wiel/Philips). Enige versoepeling door objectivering vond plaats in HR 2 december 2005, RAR 2006, 16 (Dieren/Engelen).

In loop van de parlementaire behandeling heeft de mening over wat redelijk is in de verhouding tussen werkgever en werknemer zich gewijzigd.⁶⁹ Naar oud BW werd de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 1403 lid 3 BW in wezen opgevat als die van een borg. De werkgever had dan ook volledig regres op de werknemer. De Hoge Raad beperkte het regresrecht van de werkgever jegens een buschauffeur met verwijzing naar “kansen op schade die in omvang staan buiten verhouding tot het bedrag van het loon”.⁷⁰ Het Ontwerp Meijers ging op die voet verder door volledige interne draagplicht van de ondergeschikte weliswaar voorop te stellen, maar daarop uitzonderingen aan te nemen indien dit uit de rechtsverhouding of de billijkheid voortvloeide.⁷¹ De Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer vroeg zich af of dit ‘niet al te zeer in het nadeel van de ondergeschikte werkt’ en meende dat de bepaling op de ‘praktijk van het rechtsleven’ diende te worden afgestemd.⁷² Naar aanleiding hiervan werd de uitzondering tot hoofdregel verkozen: de werkgever moet de schade dragen, behoudens uitzonderingen. De beschermingsratio van art. 6:170 lid 3 BW valt terug te voeren op de volgende (billijkheids)overwegingen⁷³:

- het vermijden van fouten door de ondergeschikte is menselijkerwijs onmogelijk;
- door de aard van de werkzaamheden kan schade van aanzienlijke omvang ontstaan (denk aan autorijden);
- de omvang van de schade staat niet in verhouding tot de door de ondergeschikte ontvangen vergoeding;
- de leidinggevende heeft profijt van de werkzaamheden van de ondergeschikte.

2.4 Aansprakelijkheidsplafonds

Limitering van aansprakelijkheid (art. 6:110 BW)

Art. 6:110 BW geeft de bevoegdheid om bij algemene maatregel van bestuur aansprakelijkheidsplafonds vast te stellen “opdat de aansprakelijkheid (...) niet hetgeen redelijkerwijs door verzekering kan worden gedekt, te boven gaat (...)”. De werkingssfeer van deze bevoegdheid was eerst beperkt tot risicoaansprakelijkheden, maar is in de loop van de parlementaire behandeling uitgebreid tot alle aansprakelijkheden.⁷⁴ Tot nu is slechts eenmaal van deze bepaling gebruik gemaakt, namelijk naar aanleiding van

69. Zie voor een gedetailleerd overzicht Klaassen, 1991, par. 2.3.4 en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV*, 2011, 195.

70. HR 26 juni 1959, NJ 1959, 551, m.nt. LEHR (De Bont/Zuid-Ooster).

71. Art. 6.3.8 lid 3 OM, zie PG Boek 6, p. 710.

72. PG Boek 6, p. 724.

73. Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV*, 2011, 194.

74. Zie voor een overzicht van de parlementaire geschiedenis De Vries 1990, par. 2.3-2.7.

het terrorismerisico na 11 september 2001. De aansprakelijkheid van lucht-havenexploitanten en luchtvervoerders is voor een periode van tien jaar beperkt tot het bedrag waarvoor zij zich redelijkerwijze kunnen verzekeren.⁷⁵

De parlementaire geschiedenis is niet rijk aan argumenten.⁷⁶ De Memorie van Toelichting suggereert dat aansprakelijkheidslimieten uit het verleden tot doel hadden te voorkomen dat iemand die geen verwijt valt te maken door zijn verplichting tot schadevergoeding zou worden geruïneerd. Weliswaar kan dit worden voorkomen door de matigingsbevoegdheid van de rechter, maar een limiet is bij risicoaansprakelijkheden gerechtvaardigd omdat verzekeraars weigeren 'in vele gevallen van risicoaansprakelijkheid' een aansprakelijkheidsverzekering voor een ongelimiteerd bedrag af te sluiten. Verplaatsing van schade -- zo gaat de redenering verder -- van de benadeelde naar een ander acht 'men' alleen verdedigbaar indien die zich door het sluiten van een verzekering kan indekken. Een limiet is dan de logische oplossing.⁷⁷ Gezien de verwijzing naar het (West) Duitse recht op deze plaats in de toelichting is waarschijnlijk dat inspiratie is gezocht bij de Duitse traditie om limieten te verbinden aan 'Gefährdungshaftung'.⁷⁸

Limieten bij personenvervoer

Voor wat betreft het vervoer van personen gelden in Boek 8 BW verschillende limieten (art. 8:85 lid 2 BW, art. 8:110 lid 1 BW, art. 8:518 lid 1 BW, art. 8:983 lid 1 BW, art. 8:1157 BW en art. 8:1399 lid 1 en lid 2 BW).⁷⁹ Deze limieten betreffen openbaar personenvervoer, vervoer over de weg, het water (zowel zeevervoer als de binnenvaart), per tram, metro, light rail, trein, taxi, bus of per vliegtuig.

De luchtreiziger is het beste af. Op grond van het Verdrag van Montreal is de luchtvervoerder risicoaansprakelijk tot een bedrag van 113.100 SDR (circa € 125.000). Daarna geldt een ongelimiteerde schuldaansprakelijkheid waaraan de vervoerder slechts kan ontsnappen in geval van overmacht.⁸⁰

75. Besluit van 9 juli 2004, houdende vaststelling van een tijdelijke algemene maatregel van bestuur als bedoeld in artikel 110 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek, Stb. 2004, 348. Zie daarover Frenk 2006, par. 3.3.

76. Vgl. De Vries 1990, p. 26.

77. PG Boek 6, p. 770.

78. De Vries 1990, p. 28-33.

79. Zie verder Haak 2009/120 en Haak 2012, p. 351-363..

80. Haak 2012, p. 355.

Lagere rechters hebben de limieten in geval van letselschade bij trein-, tram- en taxivervoer enkele malen doorbroken wegens bewuste roekeloosheid of – onder verwijzing naar art. 1 Eerste Protocol EVRM – op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁸¹ In de literatuur zijn deze limieten omstreden.⁸²

Olievervuiling op zee

Ter compensatie van olievervuiling veroorzaakt door zeeschepen is in de jaren zeventig van de vorige eeuw een verdragsregime tot stand gekomen in het kader van de toenmalige *Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*⁸³: de *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage 1969* (CLC)⁸⁴ en de *International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage 1971* (FC).⁸⁵ Dit regime is verschillende keren gewijzigd.⁸⁶ Kort gezegd komt het op het volgende neer.⁸⁷ Het CLC creëert een exclusieve risicoaansprakelijkheid voor de scheepseigenaar die aan een limiet (te berekenen aan de hand van de tonnage van het schip) is gekoppeld. Deze limiet kan worden doorbroken in geval van *wilful misconduct* van de scheepseigenaar. Vanaf een bepaald tonnage is de scheepseigenaar verplicht zich te verzekeren of een andere ‘financial security’ te regelen. Benadeelden hebben een directe actie jegens de verzekeraar of jegens degene die ‘financial security’ verschaft. De scheepseigenaar kan slechts op basis van het CLC worden aangesproken, voor het overige geniet hij immuniteit. Het FC voorziet in een internationaal door de olie-industrie gevuld fonds waaruit slachtoffers (aanvullend of bij wijze van substituu⁸⁸) een gelimiteerd bedrag kunnen ontvangen. Met het Protocol van 2003 is er nog een derde laag compensatie gecreëerd in de vorm van een *Supplementary Fund*, zodat het totale beschikbare bedrag in geval van verontreiniging circa 5 miljard bedraagt.⁸⁹

81. Hof Amsterdam 12 augustus 2004, NJF 2004, 543 (NS/Baardman); Rb Den Haag 17 januari 2007, JA 2007, 119 en Rb Den Haag 1 augustus 2007, 258878, HA ZA 06-382.

82. Zie met name Van Boom 2003b, p. 105; Haak 2005, idem 2009/120 en idem 2012, p. 351-363; Emaus en Giesen 2007, p. 369-375 en Lindenberg 2007/14.

83. Sinds 1982 heeft zij rechtspersoonlijkheid en is zij omgedoopt tot *International Maritime Organization*, zie verder www.imo.org.

84. In werking getreden in 1975.

85. In werking getreden in 1978.

86. Door de protocollen 1992, 2000 en 2003, zie Verheij 2007, p. 145-151 en Wang 2011, hoofdstuk 5.

87. Zie Verheij 2007, p. 136-144; Wang 2011, hoofdstuk 4, par. VI en VII.

88. Bijvoorbeeld als de scheepseigenaar op grond van het CLC niet aansprakelijk is wegens overmacht.

89. In werking getreden op 3 december 2004. Zie Wang 2011, hoofdstuk 5, par. VII.

Beide verdragen trachten aldus een goede balans te treffen tussen de belangen van scheepseigenaren en die van de olie-industrie.⁹⁰ Tijdens de diplomatieke conferentie in 1969 is geen principieel debat gevoerd over limitering, de meeste aandacht ging uit naar de vraag wie aansprakelijk moest zijn en of deze aansprakelijkheid op schuld dan wel op risico gebaseerd diende te zijn. De reden hiervoor was waarschijnlijk de lange traditie van limitering van aansprakelijkheid in de zeevaart. De keuze voor limitering bij de totstandkoming van het CLC valt op te vatten als een voorbeeld van *path dependency*.⁹¹ Historische redenen voor limitering in de zeevaart waren aanmoediging van de scheepvaart en bescherming van de eigen nationale vloot. Moderne argumenten zijn een eerlijke verdeling van de kosten van een wenselijke activiteit over degenen die ervan profiteren, het laag houden van de prijs en verzekeraarbaarheid.⁹²

Rechterlijke matiging

Art. 6:109 BW vormt een flexibel plafond.⁹³ De rechter kan aansprakelijkheid van een partij onder omstandigheden matigen. Het woord 'kan' impliceert geen discretionaire bevoegdheid.⁹⁴ Hij is verplicht te matigen, indien aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan.

De ratio achter dit artikel is dat het schadevergoedingsrecht er niet toe mag leiden dat een partij (dramatisch gezegd) aan de bedelstaf geraakt.⁹⁵ Dit artikel is dus een uitzonderlijke uitwerking in het privaatrecht van het draagkrachtbeginsel.⁹⁶ Onder omstandigheden (art. 6:109 BW noemt er een aantal) kan volledige aansprakelijkheid onaanvaardbaar zijn gezien de draagkracht van *beide* partijen.

90. Een belangrijke reden om de scheepseigenaar en niet de eigenaar van de olie aansprakelijk te houden onder het CLC was dat de olie tijdens de reis wordt verhandeld zodat het voor slachtoffers moeilijk kan zijn de eigenaar te achterhalen. Bovendien zou dan onderscheid gemaakt moeten worden tussen schade veroorzaakt door de vervoerde olie en de olie in de motor van het schip, zie Verheij 2007, p. 139.

91. Faure/Wang 2008, par. 3.2 en par. 6.2.

92. Faure/Wang 2008, par. 2.

93. Art. 6:109 BW wordt onder het hoofd aansprakelijkheidsplafond behandeld, omdat praktisch niet goed voorstelbaar is dat de rechter de vergoedingsplicht van de schuldenaar tot nul matigt.

94. Hartlief 2009a, nr. 260.

95. Brunner 1973, p. 9 met verwijzingen. Art. 6:1.9.7 OM hanteerde als criterium voor matiging dat de schuldenaar door volledige schadevergoeding in een noodtoestand zou worden gebracht, zie PG Boek 6, p. 438. Zie ook TM PG Boek 6, p. 440.

96. Kritisch daarover Brunner 1973.

2.5 Onvergoedbaarheid van bepaalde schadeposten

Schade van derden

Art. 6:107-108 BW bevatten een zogenaamd limitatief stelsel dat bepaalt in hoeverre derden die schade hebben geleden door het overlijden of het letsel van een ander, recht hebben op vergoeding. Limitatief, want alleen de in die artikelen expliciet genoemde derden hebben recht op vergoeding van de daarin expliciet genoemde schadeposten.⁹⁷ Dit stelsel is controversieel in de literatuur en heeft tot veel procedures aanleiding gegeven waarin benadeelde derden trachten de grenzen van het stelsel in hun voordeel op te rekken.⁹⁸

Met het limitatieve karakter van art. 6:107-108 BW als zodanig beoogde de wetgever grote onzekerheid te voorkomen omtrent de vraag wie recht heeft op schadevergoeding.⁹⁹ De Franse en Belgische rechtspraak zouden 'bewijzen, dat dit gevaar niet denkbeeldig is'.¹⁰⁰ De precieze contouren werden door andere motieven ingegeven. Met name de onvergoedbaarheid van affectieschade kwam tijdens de parlementaire behandeling uitvoerig aan de orde. De Minister van Justitie gaf hiervoor verschillende argumenten. Vergoeding van ernstig leed als affectieschade zou grote weerstand oproepen in de samenleving door de suggestie dat dergelijk leed met geld viel te compenseren, het zou leiden tot commercialisering van verdriet en tot onsmakelijke procespraktijken, vergoeding zou de afwikkeling van een ongeval compliceren en zo bijdragen aan verdere belasting van de rechterlijke macht en tevens werd gevreesd voor toename van de aansprakelijkheidslast tegen de achtergrond van de uitbreiding van het aantal risicoaansprakelijkheden.¹⁰¹

97. Dit stelsel is derhalve zowel een voorbeeld van een volledige immuniteit als van een immuniteit die inhoudt dat bepaalde schadeposten niet vergoedbaar zijn. Omdat in de meeste rechtspraak de al dan niet vergoedbaarheid van bepaalde schadeposten in het geding was, wordt de regeling in deze paragraaf besproken.

98. Soms lukte dat: zie HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. ARB (Johanna Kruitthof), HR 26 november 2001, NJ 2002, 16 (kindermoord), HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. JBMV (taxibus), soms niet: zie HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, m.nt. ARB (baby Joost), HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504, m.nt. JBMV (Krüter-Van de Pol/Wilton-Tijenoord), HR 5 december 2008, NJ 2009, 387, m.nt. JBMV (Rijnstate/Reuvers), HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. JBMV (Vilt). Zie kritisch over dit stelsel onder meer Lindenbergh 1998, par. 6.5.3 en idem, 2008, hoofdstuk 4, Verheij 2002, hoofdstuk IV en V en idem, 2005b, p. 205-211, Hartlief 2003b, p. 72-82 en idem 2006, p. 98-104, Engelhard 2010 en Rijnhout 2012.

99. PG Boek 6, p. 392 en PG Boek 6 Inv., p. 1279.

100. PG Boek 6, p. 392.

101. PG Boek 6, p. 389 en 1273-1274.

Wettelijke rente

Op grond van art. 6:119 BW en art. 6:119a BW heeft de gerechtigde tot betaling van een geldsom in geval van vertraging slechts recht op de wettelijke rente.¹⁰² Dit is een fixum: eventueel meer geleden schade komt niet voor vergoeding in aanmerking en de benadeelde wiens schade lager is dan de wettelijke rente heeft daar toch recht op. De wettelijke rente compenseert niet voor de rente die op het bedrag gekweekt had kunnen worden indien op tijd was uitbetaald. Zij compenseert voor de rente waartegen de schuldeiser elders vervangend geld had kunnen lenen.

Dit fixatiestelsel is gekozen om discussies en bewijsproblemen te vermijden. Het feit dat niet iedereen op dezelfde voorwaarden toegang heeft tot de kredietmarkt woog voor de minister niet op tegen de praktische voordelen.¹⁰³ De Hoge Raad heeft de rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht als ratio van het fixatiestelsel genoemd.¹⁰⁴ Hij is niet ingegaan op uitnodigingen om op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid af te wijken van het fixatiestelsel.¹⁰⁵ Het enkele feit dat de schuldeiser geen, minder of meer schade heeft geleden dan de wettelijke rente is onvoldoende is om op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van het fixatiestelsel af te wijken. Matiging op grond van art. 6:109 BW is mogelijk, maar dient met terughoudendheid plaats te vinden. In de literatuur ligt het fixatiestelsel inmiddels onder vuur.¹⁰⁶ Rechters manoeuvreren soms langs het fixatiestelsel heen door verhoging van het smartengeld wegens lichamelijk letsel.¹⁰⁷

3. Analyse

3.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de in de vorige paragraaf behandelde immunities nader geanalyseerd aan de hand van de volgende vragen.

102. Art. 6:119 BW is een continuering van het daarvoor geldende art. 1286 oud BW. Art. 6:119a BW ziet op geldvorderingen uit hoofde van een handelsovereenkomst en is de neerslag van richtlijn 2000/35/EG, PbEG L 200/35.

103. PG Boek 6, 467 en 473-474.

104. HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter/Van Uiter).

105. Zie het op basis van art. 1286 oud BW gewezen arrest HR 2 november 1990, NJ 1992, 83, m.nt. HJS (Kaiser/Interpolis); HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275 (De Preter/Van Uiter); HR 14 januari 2005, NJ 2007, 481, m.nt. Hijma (Ahold/Staat) en HR 14 januari 2005, NJ 2007, 482 (Van Rossum/Fortis).

106. Verheij 2002, p. 373-383, Wendt 2009, p. 713 en Smeehuijzen 2009 en idem 2011. Zie ook Van Tiggele-van der Velde 2010. Anders Lindenbergh 1998, p. 252 en idem, 2008, p. 74.

107. Rb Zutphen 7 november 2007, NJF 2007, 545, JA 2008, 13.

1. Wat zijn de gebruikte rechtvaardigingen voor de immuniteiten (paragraaf 3.2)?
2. Welke personen en belangen worden door de immuniteiten beschermd en welke personen en belangen worden als gevolg daarvan getroffen (paragraaf 3.3)?
3. Lijkt de immuniteit in de literatuur omstreden (paragraaf 3.4)?
4. Hoe functioneert de immuniteit in de praktijk (paragraaf 3.5)? Drie vragen rijzen in dat verband. (i) Is in procedures getracht om de immuniteit (gedeeltelijk) te doorbreken? Zo ja, (ii) ging de rechter daarin (gedeeltelijk) mee? (iii) Heeft de wetgever een poging gedaan om de immuniteit te hervormen?
5. Wie heeft de immuniteiten geïntroduceerd, de wetgever of de rechter (paragraaf 3.6)?
6. Welke immuniteiten zijn met de introductie van het Nieuw Burgerlijk Wetboek gecreëerd (paragraaf 3.7)?

Vraag 1-4 zijn relevant voor beoordeling van de behandelde immuniteiten. De laatste twee vragen zijn bedoeld om eventuele patronen zichtbaar te maken. Gezien het beperkt aantal behandelde gevallen kunnen daaraan overigens geen harde conclusies worden verbonden. Voor het overzicht van de lezer is bij beantwoording van vraag 3-6 gebruik gemaakt van tabellen. Deze zijn ingevuld op basis van het vorige hoofdstuk. Paragraaf 3.8 bevat een conclusie.

3.2 *Rechtvaardiging*

Opvalt dat er verschillende argumenten worden gebruikt ter rechtvaardiging van de afwijking van de normale regels van aansprakelijkheid en schadevergoeding. Onderstaand worden de genoemde gevallen gerubriceerd aan de hand van wat de voornaamste ratio is of lijkt te zijn. Zoals wordt uitgewerkt, bestaat er hier en daar overlap. Sommige regels lijken op meer dan één idee te berusten.

Of de gegeven argumenten steek houden, is een andere vraag die in paragraaf 4 aan de orde komt. Hier volgt slechts een overzicht van de gegeven redenen.

In de eerste plaats lijkt de kwetsbaarheid van een persoon of diens geringe draagkracht grond te zijn voor een uitzondering:

- geen toerekening aan kinderen onder de veertien jaar (art. 6:164 BW);
- kanalisatie naar producent (art. 7:24 lid 2 BW);
- 100%-regel bij eigen schuld (art. 6:101 BW);
- beperkte draagplicht ondergeschikten (art. 6:170 lid 3 BW en art. 7:661 lid 1 BW);

- exonerationen door kleine professionele partijen, en
- rechterlijke matiging (art. 6:109 BW).

Deze bescherming is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met de bescherming van zwakke partijen in het contractenrecht. Dat bescherming in de regel haar grens vindt in opzet of grove schuld aan de zijde van de veroorzaker van de schade past daarin.

Een tweede rechtvaardiging lijkt gelegen in de wens de kwaliteit van besluitvorming te waarborgen/ongewenste gedragseffecten te voorkomen. Daaronder kan worden begrepen de mogelijkheid dat het aansprakelijkheidsrisico zo groot is dat bepaalde activiteiten niet meer zullen plaatsvinden. Daarvan lijkt sprake te zijn bij:

- onverhaalbaarheid van brandweerkosten;
- persoonlijke aansprakelijkheid rechter;
- aansprakelijkheid Staat voor rechterlijke uitspraken;
- aansprakelijkheid van toezichthouders;
- bestuurdersaansprakelijkheid;
- aansprakelijkheidsplafond bij olieverontreiniging;
- limitering bij personenvervoer;
- de mogelijkheid van limitering van aansprakelijkheid (art. 6:110 BW);
- en
- exonerationeclausules.

Angst voor aansprakelijkheid, zo lijkt hier de gedachte, kan verlammend werken of zelfs tot geheel verkeerde besluiten leiden.

Rechtszekerheid en daarmee efficiëntie lijken een derde rechtvaardiging:

- limitatief wettelijk stelsel (art. 6:107-108 BW);
- fixatiestelsel bij wettelijke rente (art. 6:119 en 6:119a BW) en taakverdeling tussen civiele rechter en strafrechter; formele rechtskracht.

Zoals opgemerkt, valt hier en daar overlap te constateren. Er staan derhalve geen waterdichte schotten tussen de verschillende rechtvaardigingen, maar zij geven wel inzicht in belangrijkste argumenten die worden gebruikt. Zo zijn exonerationeclausules zowel onder de eerste als onder de laatste groep gerubriceerd. Verder is ook verdedigbaar dat bestuurdersaansprakelijkheid (ook) in de eerste en derde categorie thuis hoort. De redenering zou dan zijn dat bestuurders persoonlijk een zwakke partij zijn jegens grote schuldeisers van de onderneming en dat bescherming tegen aansprakelijkheid door toepassing van een strenger criterium kan bevorderen dat mensen zich beschikbaar stellen als bestuurder.

Uit het bovenstaande blijkt dat aan de hier besproken immuniteiten geen bijzondere principes ten grondslag liggen, maar dat zij het resultaat zijn van een belangenafweging. Op het eerste gezicht lijken privaatrechtelijke immuniteiten daarmee te verschillen met sommige immuniteiten uit het volkenrecht. Zo is het leerstuk van de immuniteit van jurisdictie van een Staat gebaseerd op de gelijkheidsgedachte.¹⁰⁸ Daaruit volgt dat de een soevereine Staat niet onderworpen kan worden aan het oordeel van een rechter in een andere Staat. Daarbij wordt dan vaak verwezen naar het Latijnse adagium *par in parem non habet imperium* (een gelijke kan over een gelijke geen macht uitoefenen).¹⁰⁹ Ook in het volkenrecht is echter erkend dat immuniteiten een juiste balans moeten treffen tussen het belang van een Staat om procedures tegen zichzelf of tegen zijn vertegenwoordigers in eigen hand te houden en het belang van derden bij een effectieve toegang tot de rechter. Van Hoek constateert dat de Staat daarbij lang niet altijd meer aan het langste eind trekt.¹¹⁰ Zo heeft de absolute immuniteit plaats gemaakt voor de relatieve: er geldt bijvoorbeeld slechts immuniteit voor typisch overheids handelen, maar niet voor privaatrechtelijk handelen.¹¹¹ Een verschuiving van principe naar belangenafweging valt ook te constateren in de toepassing van het EVRM. Waar de mensenrechtencommissie van het EHRM immuniteitsvraagstukken afdeed via art. 1 EVRM (werkingssfeer), toetst het EVRM thans gewoon aan art. 6 EVRM.¹¹²

Privaatrechtelijke immuniteiten zijn derhalve niet bijzonder. Zij zijn de resultante van een belangenafweging en kunnen door een rechter in een concreet geval op grond van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid buiten toepassing blijven.

3.3 *Beschermde en getroffen personen en belangen*

Bij de gevallen waarbij de wens om zwakke partijen te beschermen het hoofdmotief lijkt te vormen, worden zowel natuurlijke personen niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf als kleine professionele partijen beschermd (gebruikers van algemene voorwaarden, ondergeschik-

108. De reden voor immuniteit van internationale organisaties is een andere, zie mede-preadviseur Schrijver, paragraaf 1.3.

109. Van Hoek 2011, p. 9 en bijvoorbeeld EHRM 23 maart 2010, App. no. 15869/02 (*Cudak v. Lithuania*), rov. 60.

110. Van Hoek 2011, p. 18.

111. Zie ook mede-preadviseur Schrijver in zijn preadvies paragraaf 1.2 die bovendien opmerkt dat voor de meeste gezagsdragers absolute immuniteit is omgezet in functionele immuniteit, dat wil zeggen dat deze alleen geldt voor handelingen verricht in officiële hoedanigheid.

112. Van Hoek 2011, p. 10.

ten en art. 7:24 lid 2 BW). De immuniteit beoogt te voorkomen dat zij financieel in de problemen komen.

De gevallen waarin de uitzondering kwaliteit van besluitvorming probeert te borgen respectievelijk negatieve gedragseffecten wil voorkomen, zijn niet gericht op bescherming van bepaalde personen in het bijzonder. Het algemeen belang is er mee gediend dat bestuurders van ondernemingen risico's durven te nemen en dat in geval van brand mensen de brandweer bellen. Ook toezichthouders dienen een zekere beleidsmarge te hebben om hun taak goed te kunnen uitoefenen.

De derde groep gevallen, waarin rechtszekerheid en efficiëntie de dragende gedachte vormt, zijn de belangen van verschillende personen in het geding. Met betrekking tot bijvoorbeeld het fixatiestelsel en art. 6:107-108 BW geldt bijvoorbeeld dat benadeelden emotioneel en financieel belang hebben bij een snelle schadeafwikkeling. Voor verzekeraars geldt dat ook, zij het dat zij hun kosten waarschijnlijk (gedeeltelijk) kunnen doorberekenen, zodat snelle afwikkeling uiteindelijk de belangen van het verzekerde publiek dient. Duidelijke regels leiden ten slotte ook tot minder procedures hetgeen weer gunstig is voor de belasting van de rechterlijke macht en daarmee voor de overheidsfinanciën. Het algemeen belang is in het geding wanneer de ratio is om de doorgang van bepaalde activiteiten als zodanig te waarborgen. Zo hebben niet alleen de aanbieders van bepaalde producten en diensten persoonlijk belang bij bescherming door middel van exoneraties en aansprakelijkheidsplafonds, maar ook het publiek zou verliezen als zij hun diensten of producten niet meer of slechts tegen een veel hogere prijs zouden kunnen aanbieden.

Uit het bovenstaande blijkt dat een duidelijk patroon in de zin dat steeds ondernemingen of juist steeds zwakke partijen worden beschermd, niet goed valt te construeren. Dat kan inconsistent ogen, maar is echter positief te waarderen. Bescherming van juist één categorie personen of belangen zou immers kunnen wijzen op de overheersende invloed van één bepaalde lobby.

3.4 Lijkt de immuniteit omstreden in de literatuur?

Zonder empirisch onderzoek is niet goed te bepalen of een bepaalde regel op dit moment omstreden is. Soms riep een regel bij introductie weerstand op, maar is de kritiek sindsdien verstomd zoals bijvoorbeeld bij art. 6:109 BW. Hoe valt dit te duiden? Dit kan, maar hoeft niet per se, te betekenen dat de meerderheid van de auteurs het thans met die regel eens is. Het heeft immers geen zin om zich tegen een keuze van de wetgever te blijven verzetten. Zeker niet als daarvoor geen nieuwe argumenten zijn te verzinnen.

Kritiek verstomt daarentegen niet als de toepassing van de regel in de praktijk allerlei vragen oproept. Het limitatieve stelsel van art. 6:107-108 BW is daarvan een duidelijk voorbeeld. Ook zonder veel rechtspraak kan het zijn dat de toon in handboeken kritisch blijft, zoals bij art. 7:24 lid 2 BW het geval lijkt. Bovendien is de mate waarin kritiek bestaat op een regel geen kwestie van het eenvoudig tellen van meningen. Dient een kritische dissertatie niet zwaarder te wegen dan een enthousiaste annotatie van één pagina, en zo ja, hoeveel zwaarder?¹¹³ Ten slotte laat de aanwezigheid van een grote hoeveelheid kritische literatuur de mogelijkheid onverlet dat een 'silent majority' het eens is met de regel, maar zich – evenals tevreden kiezers – niet laat horen. De onderstaande tabel heeft daarmee onvermijdelijk een subjectief en impressionistisch karakter.

Lijkt de immuniteit omstreten in de literatuur?	Ja	Nee
Persoonlijke aansprakelijkheid rechter		X
Kinderen jonger dan 14 jaar		X
Art. 7:24 lid 2 BW	X	
Volledige exoneratie		X
Onverhaalbaarheid brandweerkosten		X
100%-regel bij eigen schuld		X
Verhouding burgerlijke rechter en strafrechter		X
Formele rechtskracht	X	
Aansprakelijkheid Staat voor uitspraken	X	
Financiële toezichthouders	X	
Bestuursaansprakelijkheid	X	
Ondergeschikten		X
Art. 6:110 BW		X
Personenvervoer	X	
Olievervuiling op zee	X	
Rechterlijke matiging (art. 6:109 BW)		X
Derden (art. 6:107-108 BW)	X	
Wettelijke rente	X	

3.5 *Hoe functioneert de immuniteit in de praktijk?*

Drie vragen staan hier centraal. (i) Is in procedures getracht om de immuniteit (gedeeltelijk) te doorbreken? Zo ja, (ii) ging de rechter daarin (gedeeltelijk) mee? En ten slotte, (iii) heeft de wetgever ooit een poging gedaan om de immuniteit te hervormen? De tweede vraag ligt in het verlengde van de eerste vraag en behoeft geen beantwoording meer bij negatieve beantwoording van de eerste vraag. Dat ligt anders bij de derde vraag. De wetgever kan ook onafhankelijk van 'doorbraakpogingen' in de rechtspraak besluiten tot hervorming.

¹¹³. Om nog maar te zwijgen over lastige kwesties als gezaghebbendheid.

Bij beantwoording van de eerste vraag is vooral gekeken naar de aanwezigheid van procedures waarin tot en met de Hoge Raad is doorgeprocedeerd. Alleen bij het vervoerrecht is daarvan afgeweken wegens enkele lagere uitspraken die veel aandacht hebben gekregen. Voor wat betreft de olievervuiling is niet gezocht naar eventuele buitenlandse rechtspraak.

Een aantal immuniteiten is buiten beschouwing gelaten; het aansprakelijkheidsregime voor de AFM en DNB omdat dit pas heel recent is ingevoerd en art. 6:109 BW en art. 6:110 BW omdat deze vragen zich ten aanzien daarvan niet goed laten stellen. Buiten beschouwing gelaten zijn ook pogingen om de immuniteit ten eigen voordele op te rekken.¹¹⁴

	Poging doorbreking?	Rechter mee?	(Poging) hervorming wetgever?
Persoonlijke aansprakelijkheid rechter	Nee	-	Ja ¹¹⁵
Kinderen jonger dan 14 jaar	Nee	-	Nee
Art. 7:24 lid 2 BW	Nee	-	Nee
Volledige exoneration	Nee	-	Nee
Onverhaalbaarheid brandweerkosten	Nee	-	Nee
100%-regel bij eigen schuld	Nee	-	Ja
Verhouding burgerlijke rechter en strafrechter	Nee	-	Nee
Formele rechtskracht	Ja	Nee	Nee
Aansprakelijkheid Staat voor uitspraken	Nee	-	Nee
Bestuurdersaansprakelijkheid	Nee	-	Nee
Ondergeschikten	Nee ¹¹⁶	-	Nee
Personenvervoer	Ja	Ja	Nee
Olievervuiling op zee	Nee	-	Ja
Derden (art. 6:107-108 BW)	Ja	Ja	Ja
Wettelijke rente	Ja	Nee	Nee

Het limitatief wettelijk stelsel van art. 6:107-108 BW bezorgt zowel de rechter als de wetgever hoofdbrekens. Vermoedelijk is een belangrijke reden hiervoor dat de ernst en de aard van de schade in fel contrast staan met het alles of niets-karakter van het limitatieve stelsel. Dit wordt waarschijnlijk zowel door benadeelde als door de rechter als onrechtvaardig

114. Bijvoorbeeld HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566 m.nt. C.J.H.B. (IZA/Vrerink).

115. De introductie van art. 42 WRA.

116. Er is wel rechtspraak over de vraag hoe stringent 'bewuste roekeloosheid' dient te worden opgevat.

gezien. Benadeelden procederen en rechters gooien de deur niet geheel en al dicht¹¹⁷, met als gevolg een steeds genuanceerder en onbegrijpelijker en daarmee ook onvoorspelbaarder stelsel ... hetgeen weer procedures in de hand werkt.

Verder krijgen de limieten in het vervoerrecht en de leer van de formele rechtskracht de nodige rechterlijke aandacht. De wetgever reageert hier evenwel niet op.

Bij internationale olievervuiling zijn de limieten steeds hoger geworden. Niet als reactie van procedures, maar als reactie op de toenemende omvang van de schade. De verdragen over olieverontreiniging zijn op zichzelf eenvoudig toepasbaar, maar de veroorzaakte schade bleek steeds hoger dan de schadebedragen waarin het verdragsregime voorzag.¹¹⁸ Zo was na de ramp met het schip 'Prestige' voor de Spaanse kust op 13 november 2002 \$ 200 miljoen aan compensatie beschikbaar, maar werd de schade geschat op \$ 877 miljoen. Bij De maximaal uit te keren bedragen zijn daarom geregeld verhoogd: van \$ 91 miljoen, naar \$ 204 miljoen, naar \$ 307 miljoen naar \$ 1.134 miljoen. Anders dan bij limieten in het vervoerrecht reageert de wetgever hier dus op ontwikkelingen in de praktijk en tracht het stelsel *up to date* te houden.

Ten slotte valt te constateren dat in alle gevallen waarin is geprocedeerd, de literatuur kritisch was, zie paragraaf 3.4, zonder dat het omgekeerde geldt (art. 7:24 lid 2 BW en persoonlijke aansprakelijkheid rechter). Daarmee is overigens niet gezegd dat wetenschappelijke kritiek de oorzaak van deze procedures was.

3.6 *Wie heeft de immuniteiten geïntroduceerd?*

Zijn de behandelde immuniteiten door de (Nederlandse of Europese) rechter of de wetgever geïntroduceerd? De onderstaande tabel beantwoordt deze vraag.

117. HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. ARB (Johanna Kruithof), IIR 26 november 2001, NJ 2002, 16 (kindermoord) en HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. JBMV (taxibus).

118. Zie voor een overzicht Faure/Wang 2008, p. 594.

	Wetgever	Rechter
Persoonlijke aansprakelijkheid rechter		X ¹¹⁹
Kinderen jonger dan 14 jaar	X	
Art. 7:24 lid 2 BW	X	
Volledige exoneration		X ¹²⁰
Onverhaalbaarheid brandweerkosten		X
100%-regel bij eigen schuld		X
Verhouding burgerlijke rechter en strafrechter		X
Formele rechtskracht		X
Aansprakelijkheid Staat voor uitspraken		X
Financiële toezichthouders		X ¹²¹
Bestuurdersaansprakelijkheid	X	
Ondergeschikten	X	
Art. 6:110 BW	X	
Personenvervoer	X	
Olievervuiling op zee	X	
Rechterlijke matiging (art. 6:109 BW)	X	
Derden (art. 6:107-108 BW)	X	
Wettelijke rente	X	

Uit het overzicht blijkt dat in acht van de achttien gevallen waarin een uitzondering wordt gemaakt op de normale regels van aansprakelijkheid het de rechter was die daartoe overging. Het lijkt niet goed mogelijk om over de gehele linie een relatie te leggen tussen een bepaald soort immuniteit en de actor die de immuniteit creëert. Soms achtte de rechter een zekere beoordelingsmarge kennelijk wenselijk (toezichthouders) en nam daarom een uitzondering op de normale regels aan, maar dat geldt ook voor de wetgever (bestuurdersaansprakelijkheid, geen persoonlijke aansprakelijkheid rechter). Ook beschermingsmotieven spelen in beide categorieën een rol (bescherming kinderen jonger dan 14 jaar en 100% regel bij eigen schuld). De conclusie is daarom dat een eenduidig patroon ontbreekt en dat een analyse aan de hand van de vraag wie de uitzondering heeft gecreëerd weinig inzicht biedt.

3.7 *Nieuw Burgerlijk Wetboek: continuïteit of verandering?*

Sommige immuniteten zijn geïntroduceerd in het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Zij vormen de neerslag van een op dat moment door de wetgever ver-

119. IFR 11 oktober 1991, NJ 1993, 165, m.nt. C.J.I.B. (Staat & Van Hilten/M). De wetgever is vervolgens verder op deze weg gegaan met art. 42 WvRA.

120. Waarbij overigens geldt dat dit geen creatie van de rechter is, maar van partijen. De rechter heeft volledige exoneration slechts onder omstandigheden toegestaan.

121. HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529, m.nt. C.C. van Dam (Vic d'Or). De wetgever heeft vervolgens de wet gewijzigd.

richte belangenafweging. Rechtsvergelijking heeft daarbij soms een rol gespeeld. In andere gevallen is sprake van continuïteit van een daarvoor bestaande regel of benadering. Enige discussie of sprake is van continuïteit of niet is daarbij mogelijk. Zo had art. 6:164 BW geen exacte voorganger in het oud Burgerlijk Wetboek, maar was in de rechtspraak wel uitgemaakt dat jonge leeftijd aan toerekening van de onrechtmatige daad in de weg kon staan. Art. 6:164 BW kwam dus niet geheel uit lucht vallen en in zoverre kan men zeggen dat sprake is van continuïteit. Desalniettemin is dit artikel met zijn leeftijdsgrens nieuw.

	Nieuw	Continuïteit
Kinderen jonger dan 14 jaar	X	
Art. 7:24 lid 2 BW	X	
Ondergeschikten	X ¹²²	
Art. 6:110 BW	X	
Rechterlijke matiging (art. 6:109 BW)	X	
Derden (art. 6:107-108 BW)		X
Wettelijke rente		X

Uit het bovenstaande blijkt dat met het Nieuw Burgerlijk Wetboek per 1 januari 1992 het aantal (mogelijke¹²³) uitzonderingen op de normale regels van aansprakelijkheid en schadevergoeding is toegenomen. Vijf geïntroduceerde nieuwe regels vallen te herleiden tot beschermingsmotieven. Dit spoort oppervlakkig met het gegeven dat bescherming van de zwakkere partij een belangrijk kenmerk is van het nieuwe vermogensrecht¹²⁴, maar het gaat hier niet per definitie om bescherming van natuurlijke personen/consumenten (art. 6:109 BW, art. 6:110 BW en art. 7:24 lid 2 BW).

3.8 Conclusie

Bovenstaande analyse maakt de complexiteit van de materie goed duidelijk. Immuniteten zoals gedefinieerd in dit preadvies (zie paragraaf 1) zijn zowel door de wetgever als door de rechter op verschillende momenten gecreëerd en daarbij hebben verschillende motieven een rol gespeeld. De personen die baat hebben bij een immuniteit of die daarvoor de prijs betalen, zijn evenmin onder één noemer te vangen. Er zijn dus geen patronen

122. HR 26 juni 1959, NJ 1959, 551, m.nt. LEHR (De Bont/Zuid-Ooster) beperkte de mogelijkheid van regres door de werkgever weliswaar sterk (zie ook NJ-annotator Rutten), maar de regel van art. 6:170 lid 3 BW kiest toch een ander uitgangspunt dan het daarvoor geldende recht: geen regres tenzij, in plaats van wel regres tenzij.

123. Art. 6:110 BW geeft slechts een bevoegdheid tot het maken van een uitzondering.

124. Hartkamp 2010, p. 37-40.

te ontdekken en de hier behandelde immuniteiten lijken een hoog ad hoc gehalte te hebben.

4. Evaluatie

4.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de behandelde immuniteiten vanuit verschillende perspectieven de maat genomen: rechtseconomisch (paragraaf 4.2), sociaalpsychologisch (paragraaf 4.3) en juridisch (paragraaf 4.4). Paragraaf 4.5 bevat een conclusie.

4.2 Rechtseconomisch perspectief

4.2.1 Rechtseconomische inzichten

Dit perspectief is vooral relevant voor de (mogelijke) instelling van aansprakelijkheidsplafonds: matiging (art. 6:109 BW), limitering (art. 6:110 BW) en olieverontreiniging.¹²⁵ Vanuit de rechtseconomie is de te beantwoorden vraag of de prikkelwerking van een bepaalde regel leidt tot een optimaal zorg- en activiteitsniveau. Optimaal wil zeggen een minimalisering van de totale maatschappelijke kosten van schadeveroorzakende gebeurtenissen.¹²⁶ Wat is het oordeel van rechtseconomen over limitering van aansprakelijkheid?

Allereerst vallen vanuit de rechtseconomie kritische kanttekeningen te plaatsen bij de belangrijkste in de parlementaire geschiedenis gebruikte argumenten ten faveure van limitering, te weten verzekerbaarheid en de introductie van risicoaansprakelijkheden.

De gedachte dat limitering noodzakelijk is voor de verzekerbaarheid van bepaalde omvangrijke aansprakelijkheden is namelijk onduidelijk. Ver-

125. Zie hiervoor paragraaf 2.4.

126. Vgl. Visscher 2006, hoofdstuk 2 met name par. 2.3. Het gaat er dus om de grootste *totale* schade te vermijden. Visscher 2006, p. 22 geeft als voorbeeld iemand die lawaai veroorzaakt bij het instuderen van een nieuw nummer op zijn elektrische gitaar. Daardoor ondervindt zijn buurman (uiteeraard een liefhebber van klassieke muziek) hinder. Het nutsniveau van de buurman daalt dan dus in economisch jargon. Als de buurman het gitaarspel kan verbieden, dan daalt echter het nutsniveau van de gitarist. De optimale oplossing is derhalve die waarbij de grootste totale schade (daling van het nutsniveau) van de gitarist en diens buurman *tezamen* wordt vermeden.

zekeraars kunnen dit eenvoudig ondervangen, en zij doen dit ook, door een verzekerde som in de polis op te nemen.¹²⁷

Voorts lijkt het gelegde verband tussen risicoaansprakelijkheid en limitering vanuit rechtseconomisch perspectief niet vanzelfsprekend omdat foutaansprakelijkheid in verschillende situaties betere prikkels zou geven.¹²⁸

De rechtseconomische benadering van limieten is als volgt. Rechtseconomen onderschrijven het uitgangspunt van volledige schadevergoeding.¹²⁹ Onvolledige schadevergoeding kan ertoe leiden dat de veroorzaker van de schade een te laag zorgniveau en/of een te hoog activiteitsniveau hanteert. Bij limitering van aansprakelijkheid zal hij zijn zorg- of activiteitsniveau immers bepalen aan de hand van het door het plafond gemaximeerde bedrag in plaats van aan de hand van de werkelijk veroorzaakte schade.¹³⁰ Simpel gezegd: het zal de veroorzaker een zorg zijn als hij meer schade veroorzaakt dan het door het plafond gestelde maximum. Hij houdt daar geen rekening mee en zal niet in preventieve maatregelen investeren omdat hij die schade niet hoeft te vergoeden. Dit betekent een maatschappelijk verlies als de winst die hij behaalt geringer is dan de maatschappelijke schade. Als gezegd, gaat het in de rechtseconomie primair om de totale maatschappelijke kosten. Winsten en verliezen van individuen worden gesaldeerd om deze te berekenen.¹³¹

Bovendien zou een verzekerde die verzekerd is tot die limiet zich onzorgvuldig kunnen gaan gedragen juist *omdat* hij is verzekerd. De prikkel om excessschades (schades boven de limiet) te vermijden, wordt immers afgezwakt.¹³²

127. Visscher 2006, p. 258. Faure en Hartief 2002, p. 139-140 stellen dat onzekerheid met betrekking tot de schadomvang en/of de kans dat het risico zich verwezenlijkt niet per definitie onverzekerbaarheid met zich brengt. Verzekeraars kunnen gebruik maken van verschillende technieken zoals risicopremies, herverzekering, medeverzekering en pooling. De vraag naar verzekerbaarheid is geen zwart wit-oordeel, maar vormt een glijdende schaal.

128. Zie met verwijzingen Visscher 2006, p. 259-261.

129. Visscher 2006, par. 5.1. Rechtseconomen zijn soms zelfs voorstander van punitive damages omdat niet iedere veroorzaker daadwerkelijk wordt aangesproken hetgeen tot 'underdeterrence' leidt.

130. Met verwijzingen Visscher 2006, p. 258.

131. Het verlies van de één kan dus worden gecompenseerd door de winst van de ander. Dat is een herverdeling die maatschappelijk gezien neutraal is. Als schade echter zeer eenzijdig bij bepaalde individuen of groepen komt te liggen waardoor zij ernstig in welvaart achteruit gaan, valt dat in de benadering van Calabresi 1971, p. 24 e.v. echter te kwalificeren als secundaire kosten, zie Visscher 2006, p. 26. Onder dat hoofd kan daar wel weer rekening mee worden gehouden.

132. Visscher 2006, p. 261.

Limitering van aansprakelijkheid ondermijnt derhalve de prikkels waarin het aansprakelijkheidsrecht voorziet. Aantekening verdient hier echter dat dit ook geldt voor insolventie.¹³³

Een mogelijk voordeel dat aan limitering verbonden is, is dat daardoor risicomijdende actoren over de streep kunnen worden getrokken om een activiteit te ontplooiën waarvan zij anders zouden hebben afgezien wegens het aansprakelijkheidsrisico. Een liniet voorkomt dan dus dat maatschappelijk wenselijke activiteiten worden ontmoedigd.¹³⁴

Het rechtseconomisch oordeel over limieten is derhalve overwegend negatief. Wat rechtseconomen daarom voorstellen, is een systeem van onbeperkte aansprakelijkheid met verzekerde sommen. Verzekerden zullen dan geprikkeld blijven om schade te vermijden die boven de verzekerde som uitstijgt.¹³⁵

Gefixeerde plafonds stuiten derhalve op de nodige rechtseconomische bezwaren. Dat geldt niet voor het flexibele plafond van art. 6:109 BW omdat vooraf niet duidelijk is of de rechter tot matiging zal overgaan. Partijen kunnen dat niet vooraf in hun overwegingen betrekken en art. 6:109 BW ondermijnt dus niet de zorgprikkel die het aansprakelijkheidsrecht verschaft.¹³⁶

4.2.2 Olievervuiling op zee

Tegen de limitering van aansprakelijkheid waarin het internationale regime voorziet, zijn de nodige bezwaren ingebracht.

Ten eerste valt limitering van aansprakelijkheid te beschouwen als een subsidie aan de scheepvaart ten koste van slachtoffers van olievervuiling. De historische rechtvaardiging dat subsidie nodig was ter stimulering van investeringen gaat niet meer op gezien de mogelijkheden tot verzekering. Dat ongelimiteerde aansprakelijkheid de operationele kosten van scheeps-exploitatie zou verhogen, wordt tegengesproken door empirische studies.¹³⁷

133. Visscher 2006, p. 261 en Faure/Wang 2008, p. 600 r.k. Als de bestuurders van een failliete rechtspersoon ook persoonlijk aansprakelijk zijn, voorziet het aansprakelijkheidsrecht wel weer in een prikkel.

134. Visscher 2006, p. 259. Limitering maakt de activiteit natuurlijk voor alle potentiële gegadigden aantrekkelijk, ook voor degenen die niet risicomijdend zijn.

135. Visscher 2006, p. 259.

136. Visscher 2006, p. 262.

137. Faure/Wang 2008, par. 4.

Aan deze traditionele bezwaren voegen Faure en Wang nog de volgende toe.¹³⁸ Zij betogen dat het in een *contractuele relatie* niet uitmaakt welke partij het risico draagt.¹³⁹ De redenering, toegespitst op de relatie ladingeigenaar-vervoerder, is de volgende. Als de vervoerder aansprakelijk is voor schade aan de te vervoeren zaken, dan zal hij een hogere prijs in rekening brengen aan de ladingeigenaar. Deze berekent dit door aan zijn klanten en dit wordt herhaald zodat de hogere prijs die de ladingeigenaar betaalt uiteindelijk door alle eindgebruikers tezamen wordt gedragen. Dezelfde uitkomst treedt echter op in de alternatieve situatie waarin de ladingeigenaar schade aan zijn zaken zelf draagt. Hij zal dan immers die schade (of de kosten van een af te sluiten schadeverzekering) doorberekenen aan zijn klanten. Ook dit gaat door totdat uiteindelijk de eindgebruikers de kosten van de ladingeigenaar dragen. Of het aansprakelijkheidsrisico nu bij de ladingeigenaar dan wel bij de vervoer berust, maakt derhalve niet uit: in beide gevallen zijn het de eindgebruikers die de rekening betalen. De uitkomst is maatschappelijk gezien neutraal. Deze redenering veronderstelt wel dat doorberekening daadwerkelijk mogelijk is. Dit betekent dat er rechtseconomisch gesproken geen bezwaar bestaat tegen limitering van aansprakelijkheid in een contractuele relatie. Het punt van Faure en Wang is dat dit anders ligt indien degene die de schade lijdt een *derde* is en dat is het geval bij olievervuiling. De benadeelden zijn derden die onverwachts met een grote schade worden geconfronteerd die zij (deze derden) niet goed kunnen doorberekenen. Limitering van aansprakelijkheid leidt er dan toe dat de schade niet door alle eindgebruikers wordt gedragen maar door een kleine groep gedupeerden.

Faure en Wang merken verder op dat in geval van bilaterale ongevallen -- dat wil zeggen ongevallen op het ontstaan waarvan ook het slachtoffer invloed heeft -- limitering van aansprakelijkheid wenselijk kan zijn als het eigen schuld-verweer geen goede prikkel voor het slachtoffer verschaft.¹⁴⁰ Er is echter geen reden om daarvan uit te gaan in relatie tot olieverontreiniging. Het lijkt belangrijker om de potentiële verontreiniger te prikkelen tot het treffen van preventieve maatregelen, dan om slachtoffers te prikkelen om maatregelen te nemen die hun schade zo klein mogelijk maken.

Uit studies is verder gebleken dat een forse verhoging van de limiet zich niet vertaalt in een navenant grote stijging van de olieprijs. Zo zou een stijging van het beschikbare bedrag voor compensatie van \$ 52.000.000 naar

138. Faure/Wang 2008, par. 5.1.

139. Zij verwijzen hierbij naar het Coase-theorema. Dit stelt dat een optimale uitkomst wordt bereikt als er geen transactiekosten zijn en de verdeling van rechten duidelijk is, zie Visscher 2006, par. 2.3.2.

140. Faure/Wang 2008, p. 601 l.k.

\$ 250.000.000 slechts tot een de nominale verhoging van de olieprijs leiden van minder dan \$ 0.055 per ton.¹⁴¹ Dit pleit voor afschaffing van limieten.

Faure en Wang komen tot de conclusie dat er geen goede redenen zijn voor limitering van aansprakelijkheid bij olievervuiling. Limitering houdt een ongerechtvaardigde subsidie in en leidt tot *underdeterrence* van potentiële veroorzakers en *undercompensation* van slachtoffers.

4.2.3 Conclusions

Vanuit rechtseconomisch perspectief worden limieten in de regel negatief beoordeeld omdat zij de prikkel tot zorgvuldig gedrag ondermijnen die het aansprakelijkheidsrecht verschaft. Rechtseconomische redeneringen hebben echter hun beperkingen omdat zij plaatsvinden in een alternatief universum waarin actoren rationeel zijn en over volledige informatie beschikken.¹⁴² Men kan ook zeggen dat mensen wel rationeel zijn, maar dat die rationaliteit niet altijd evident is.¹⁴³ Hoe dan ook, voorspellen is lastig. Dit betekent dat vanuit de rechtseconomie voorspelde effecten, voor zover mogelijk, altijd dienen te worden getoetst door middel van empirisch onderzoek.

Wat betekent dit alles voor immuniteiten? Bij beantwoording van de vraag of, en zo ja in welke mate, mensen zich zorgvuldig gedragen, speelt het aansprakelijkheidsrecht waarschijnlijk maar een kleine rol naast andere al dan niet rationele overwegingen (strafrechtelijke sancties, sociale repercussies, persoonlijke moraal).¹⁴⁴ Tegelijkertijd is de schade in de gevallen waarin limieten bestaan zeer ernstig (personenschade bij vervoer) of zelfs rampzalig (olieverontreiniging, kernrampen). De vraag laat zich stellen of het ter voorkoming van die schade niet verstandig is om zoveel mogelijk prikkels in stand te houden. Waarom zou uitgerekend bij dergelijke schade

141. Smets, 1983; 14:31-43 aangehaald door Faure/Wang 2008, p. 602 l.k.

142. Vgl. Faure 2009, p. 13. In werkelijkheid weet iemand bijvoorbeeld niet of het achterwege laten van een bepaalde maatregel de kans bevordert op een schadeomvang die groter is dan de limiet.

143. Een aardig voorbeeld betreft Mexicaanse prostituees die gratis condooms kregen ter bescherming van hun eigen gezondheid en de volksgezondheid in het algemeen. Het resultaat was echter dat de prostituees de condooms gebruikten om te onderhandelen over een hogere prijs ('zonder condoom kan, maar het kost meer'). Rationeel, maar daar hadden de beleidsmakers niet aan gedacht. Ontleend aan Harford 2008, p. 34-36.

144. Vgl. Van Tilburg 2012 die concludeert dat het civiele aansprakelijkheidsrecht vrijwel geen invloed heeft op het openbare orde-beleid van burgemeester en politie. Verantwoording in combinatie met beeldvorming en het garanderen van veiligheid in combinatie met een sterk plichtsbef zorgden voor het streven naar verbeteringen.

de mogelijke prikkelwerking die van het aansprakelijkheidsrecht uitgaat, worden getemperd? Met art. 6:110 BW heeft de regering een instrument paraat om snel een limiet in te stellen, mocht daartoe de noodzaak bestaan. Dat lijkt voldoende.

Ook de gevolgen van het ontbreken van limitering dienen uiteraard te worden geëvalueerd. De resultaten kunnen verrassend zijn. Zo is het argument dat aansprakelijkheid van sommige activiteiten beperkt dient te worden om ervoor te zorgen dat zij worden ontplooid, niet altijd gegrond. Uit Amerikaans onderzoek zou namelijk blijken dat de *Oil Pollution Act* van 1990 die een ongelimiteerde aansprakelijkheid kent, heeft bijgedragen aan effectieve preventieve maatregelen en er niet toe heeft geleid dat bepaalde economische activiteiten niet meer plaatsvonden.¹⁴⁵

4.3 *Sociaalpsychologisch perspectief*

4.3.1 Defensief gedrag

Dit perspectief is vooral relevant voor de gevallen waarin een uitzondering op het normale aansprakelijkheidsregime wordt gemaakt ter voorkoming van ongewenste gedragseffecten, met name persoonlijke aansprakelijkheid rechters, onverhaalbaarheid van brandweerkosten en een stringenter criterium voor aansprakelijkheid van financiële toezichthouders (AFM en DNB), bestuurders en faillissementscuratoren (zie hiervoor par. 3.4).

De negatieve gedragseffecten die worden gevreesd van het aansprakelijkheidsrecht zijn dat bepaalde wenselijke activiteiten helemaal niet meer worden verricht. Een vaak aangehaald voorbeeld is dat van Amerikaanse artsen en verpleegkundigen die risicovolle specialismen zouden mijden of verlaten.¹⁴⁶ In relatie tot bestuurdersaansprakelijkheid zijn de volgende effecten genoemd. Uit vrees voor aansprakelijkheid zou het minder gemakkelijk zijn om kandidaten voor een bestuursfunctie te vinden.¹⁴⁷ Andere negatieve gedragseffecten van te vergaande aansprakelijkheid van bestuurders die worden genoemd, zijn: onevenredig risicomijdende besluitvorming, onnodig vragen van adviezen van derden, strategisch stellen van kritische vragen en die ook in de notulen laten vastleggen, niet verschijnen op een vergadering, te lang vergaderen over onderwerpen met een hoog aansprakelijkheidsrisico waardoor andere onderwerpen te weinig aandacht

145. Faure/Wang 2008, p. 601 r.k.

146. Stolker 1989, p. 26 die overigens opmerkt dat weinig onderzoek beschikbaar is en Kroeze 2005, p. 3 die dit overigens in noot 10 kwalificeert als 'anekdotisch bewijs'.

147. Kroeze 2005, p. 7-8.

krijgen.¹⁴⁸ Te snel ingrijpen uit angst anders aansprakelijk te worden gehouden wegens nalatigheid wordt genoemd in relatie tot commissarissen.¹⁴⁹

Of deze en dergelijke effecten ook *daadwerkelijk* optreden, is speculatief.¹⁵⁰ Hoogstens zijn er aanwijzingen, maar dat is iets anders dan hard empirisch bewijs.¹⁵¹ Er zijn verschillende redenen waarom het moeilijk, zo niet onmogelijk, is om het bewijs voor dergelijke effecten te leveren. Ten eerste zal het bewijs in veel gevallen bestaan uit zelfrapportage: iemand stelt dat hij zich anders gedraagt uit vrees voor aansprakelijkheid. Of dat alleen voor die persoon geldt of ook voor anderen is niet altijd duidelijk. Een enquête kan dit oplossen, maar zelfrapportage als methode is problematisch. Uit psychologisch onderzoek blijkt namelijk keer op keer dat mensen zichzelf niet goed kunnen inschatten.¹⁵² Zelfperceptie is kennelijk niet een van onze sterkste kanten.

In de tweede plaats is het de vraag of degenen die aangeven zich te laten beïnvloeden door het aansprakelijkheidsrecht wel een juiste perceptie van het aansprakelijkheidsrecht hebben. Juridische onkunde, de rol van de media en advocaten die risico's uitvergroten, kunnen leiden tot een overtrokken inschatting van het risico aansprakelijk te worden gehouden.¹⁵³ Bekend is verder dat bij het inschatten van risico's de *availability bias* een rol speelt.¹⁵⁴ Deze houdt in dat iemand een risico hoger inschat indien hij zich de verwezenlijking daarvan gemakkelijk voor de geest kan halen. Dat laatste zal het geval zijn als het risico zich ten aanzien van hemzelf of ten aanzien van iemand uit zijn omgeving heeft gerealiseerd of omdat daarover in de media uitgebreid is bericht. Na berichtgeving over een vliegtuigongeval schatten mensen de kans op een vliegcrash groter in dan daarvoor.¹⁵⁵

148. Kroeze 2005, p. 5 en p. 7 noot 24.

149. Kroeze 2005, p. 5.

150. Giesen 2005, p. 156-157 en Van Dam 2006a, nr. 1809. Ontkennend in relatie tot het openbare orde-beleid van burgemeester en politie Van Tilburg 2012.

151. Kroeze 2005, p. 6-8 gebruikt terecht ook die term.

152. Zie algemeen Wilson 2002. Nog daargelaten de kwestie dat de ondervraagden niet neutraal, maar betrokken zijn. De meeste bestuurders zullen geen fan van bestuurdersaansprakelijkheid zijn en is het ondenkbaar dat dit hen bewust of onbewust beïnvloedt bij het beantwoorden van vragen daaronder? Kroeze 2005, p. 14-15 merkt op dat het in de gedragswetenschappen een uitgemaakte zaak is dat neveneffecten van een besluit bijvoorbeeld extra inkomsten – van invloed kunnen zijn op dat besluit. Voorstelbaar is dat een soortgelijk effect ook bij meningsvorming en zelfperceptie optreedt.

153. Zie ook Kroeze 2005, p. 22-23.

154. Plous 1993, hoofdstuk 11; Kahneman 2011, hoofdstuk 12 en 13.

155. Zie over de rol van de media en de *availability bias* Sunstein 2005, p. 102-104 die opmerkt dat wegens hoge kijkcijfers het ook in het belang van de media zelf is om te blijven berichten over (relatief kleine) risico's.

Al deze factoren maken dat de perceptie van het risico aansprakelijk gesteld te worden geen statisch gegeven is. Na uitvoerige media-aandacht voor bestuurders die aansprakelijk zijn gesteld, ligt het voor de hand dat andere bestuurders het risico zelf ooit te worden aangesproken als groter zullen inschatten. Na enige tijd zal dit effect vermoedelijk weer wegebben.

Omdat perceptie zo'n bepalende factor is bij de vraag naar de gedragseffecten van het aansprakelijkheidsrecht, kan dit ten slotte ook het mechanisme van de *self fulfilling prophecy* in werking stellen.¹⁵⁶ Het effect dat mensen bepaalde functies of beroepen mijden of verlaten, is dan geen gevolg van een daadwerkelijk te streng aansprakelijkheidsrecht, maar het gevolg van verkeerde beeldvorming. De angst dat het aansprakelijkheidsrecht maatschappelijk ongewenste gevolgen heeft, wordt bewaarheid. De oorzaak is dan echter niet het aansprakelijkheidsrecht zelf, maar het gedrag van mensen gebaseerd op een verkeerde voorstelling van zaken.¹⁵⁷ Het optreden van bepaalde gedragseffecten geeft daarom geen informatie over de oorzaak daarvan. Opmerking verdient overigens dat deze *self fulfilling prophecy* gunstig zal uitpakken voor sommige bestuurders. Zij kunnen bij gebrek aan een groot aantal beschikbare kandidaten immers een hogere beloning bedingen. Dat geldt ook als het risico op aansprakelijkheid als hoog wordt gezien zonder dat dit tot schaarste aan bestuurders leidt. In zoverre hebben bestuurders een concreet belang bij het uitvergroten van aansprakelijkheidsrisico's. Ter (verdere) complicatie wijs ik nog op een andere mogelijke *self fulfilling prophecy*. Hoge beloningen zouden weer kunnen leiden tot een kritischer houding (om niet te zeggen wrevel en jaloezie) ten opzichte van bestuurders¹⁵⁸, hetgeen weer zou kunnen stimuleren tot claimingdrag.

Een meer algemeen punt van aandacht is dat de resultaten van sociaalpsychologisch onderzoek dat verricht is in een gecontroleerde laboratorium omgeving niet altijd te repliceren zijn in de echte wereld.¹⁵⁹ De enige mogelijkheid lijkt dan te zijn gebruik te maken van de *trial and error-*

156. Dit begrip werd voor het eerst gebruikt door de socioloog Robert King Merton (1910-2003) die zich daarbij baseerde op het zogenaamde 'Thomas theorem' van de socioloog W.I. Thomas (1863-1947): 'If men define situations as real, they are real in their consequences', zie Merton 1948, p. 193-210.

157. Een ander voorbeeld. Als bedrijven een regering als bedrijfsongevriendelijk zien en uit wantrouwen minder investeren, zal dit negatieve gevolgen hebben voor de economie. Dat bevestigt vervolgens het wantrouwen met alle gevolgen van dien. De oorzaak is echter het handelen op basis van wantrouwen en is geen direct gevolg van beleidsbeslissingen van de regering.

158. Dit zou men het voetbaleffect kunnen noemen: 'ze lopen voor miljoenen in het veld en kunnen niet eens scoren!'

159. Mitchell 2012 7:109-117.

methode, waarbij de een regel wordt ingevoerd en de effecten daarvan vervolgens zo goed mogelijk in kaart worden gebracht. Soms zijn de belangen die op het spel staan echter zo groot dat dit onverantwoord is. Dat is het geval bij de regel dat geen aansprakelijkheid bestaat voor brandweerkosten.¹⁶⁰ Het risico dat calamiteiten ontstaan doordat dat mensen uit vrees voor kostenverhaal de brandweer niet tijdig bellen maar zelf gaan lopen modderen, is moeilijk in te schatten, maar experimenten op dit vlak zijn niet verantwoord.

4.3.2 Het rechterlijk oordeel en de hindsight bias

Een psychologisch mechanisme dat hier niet onvermeld mag blijven, is de *hindsight bias*.¹⁶¹ Deze *bias* houdt in dat het oordeel over een bepaalde handeling beïnvloed wordt door de gevolgen van die handeling. Heeft een handeling schade tot gevolg gehad, dan denkt men achteraf (*with hindsight*) eerder dat die handeling verkeerd was. Dit mechanisme kan met name rechters parten spelen die moeten oordelen over de onrechtmatigheid van een gedraging.¹⁶² Uit onderzoek wordt geconcludeerd dat bewustzijn van het bestaan van deze *bias* niet verhindert dat zij optreedt en dat zij ook rechters daar niet minder gevoelig voor zijn dan andere mensen.¹⁶³

Interessant is ook dat een strenger criterium voor onrechtmatigheid (groeve schuld, roekeloosheid) het effect van de *hindsight bias* waarschijnlijk niet neutraliseert. Aan twee groepen personen die elk geschikt waren bevonden om als jurylid op te treden, werd gevraagd of zij een bepaalde gedraging als roekeloos zouden aanmerken. De ene groep werd op de hoogte gesteld van de desastreuze gevolgen van die gedraging, de andere groep niet. Van de eerste groep beoordeelde 67 procent de gedraging als roekeloos, van de tweede groep vond slechts 33 procent dat. De eerste groep, die het gevolg kende, schatte de waarschijnlijkheid op een ongeval in als 59 procent, de tweede groep, die het gevolg niet kende, schatte dit in op slechts 34 procent.¹⁶⁴

160. HR 11 december 1992, NJ 1993, 639 (Vlissingen/Rize).

161. Plous 1993, p. 35-36.

162. Van Boom 2003a, p. 10.

163. Kamin/Rachlinski 1995, p. 91 en 99 en Guthrie, Rachlinski, Wistrich 2000-2001, p. 816-818 beide publicaties worden aangehaald door Kroeze 2005, p. 17-18. Kamin/Rachlinski 1995, p. 92 merken op dat er geen techniek is gevonden die de *bias* geheel elimineert. Plous 1993, p. 36-37 verwijst naar onderzoek waaruit blijkt dat als mensen zich bewust voorstellen hoe het gevolg ook anders had kunnen zijn, het effect van de *hindsight bias* belangrijk afneemt, maar dat wordt in het onderzoek van Kamin/Rachlinski 1995 naar de effectiviteit van juryinstructies niet bevestigd.

164. Hastie, Schkade, Payne 1999, p. 605. Ook aangehaald door Kroeze 2005, p. 17.

De vraag rijst of een strenger criterium voor aansprakelijkheid ter bescherming van een bepaalde partij door de werking van de *hindsight bias* niet juist nadelig kan uitpakken voor die partij. De redenering is als volgt. Wegens de *hindsight bias* is denkbaar dat de rechter in geval van ernstige schade, ook bij een strenger criterium als opzet of bewuste roekeloosheid, het gedrag onrechtmatig zal oordelen. Als de rechter gedrag als bewust roekeloos aanmerkt, zal de aansprakelijkheidsverzekeraar misschien uitkering kunnen weigeren (art. 7:952 BW)¹⁶⁵, (aanzienlijk) hogere premies gaan vaststellen, extra voorwaarden gaan verbinden aan (continuering van) de verzekering of zelfs (op termijn) kunnen weigeren de verzekering te continueren. De aansprakelijke partij is daarmee per saldo slechter af. In hoeverre één of meer van deze effecten daadwerkelijk zal optreden, is natuurlijk speculatief, maar het kennelijk sterke en moeilijk te onderdrukken effect van de *hindsight bias* maakt dat dit niet op voorhand valt uit te sluiten.¹⁶⁶ De ironische conclusie zou daarmee zijn dat de AFM en DNB zich met hun succesvolle lobby voor een strenger aansprakelijkheids criterium mogelijk in eigen voet(en) hebben geschoten.¹⁶⁷

4.3.3 Conclusie

Wie hoopt in de sociaalpsychologische wereld van de gedragseffecten vaste grond onder de voeten te krijgen, komt voor zover ik dat kan overzien vooralsnog bedrogen uit. Problemen van (zelf)perceptie, *biases*, toevallige gebeurtenissen en verschillende door elkaar heen lopende belangen vormen een moeras met richtingaanwijzers die verschillende kanten op wijzen. Wellicht zijn er goede redenen om bij aansprakelijkheid van bestuurders en financiële toezichthouders af te wijken van de normale regels van het aansprakelijkheidsrecht, maar die vallen op dit moment althans niet te grondvesten op sociaalpsychologische data. Waar de rechtseconomie wel wordt bekritiseerd wegens abstractie van de werkelijkheid, is de zwakte van de sociaal-psychologie dat zij zo dicht op de werkelijkheid zit dat voorspellen vrijwel onmogelijk is. Op het eerste gezicht triviale omstandigheden kunnen verrassend grote gevolgen hebben. Alles lijkt derhalve mogelijk en de toeschouwer kan zich slechts verbazen over de complexiteit van de mens. Bij zoveel onduidelijkheid en tegenstrijdigheid lijkt het op dit moment beter dat de wetgever zich weliswaar zo goed mogelijk

165. Deze bepaling is echter van regeland recht. Aangezien bij verzekeringen die bestuurdersaansprakelijkheid dekken zowel bewust roekeloos als ernstig verwijtbaar handelen en soms zelfs voorwaardelijk opzet zijn gedeckt (zie Weterings 2010, p. 163 r.k.), lijkt de kans hierop overigens gering.

166. Denkbaar is wel dat bij toetsing aan normale zorgvuldigheid de rechter in meer gevallen aansprakelijkheid aanneemt.

167. Lobbyen blijkt uit Busch 2011, p. 1.

informeert, maar daarna toch vooral knopen doorhakt aan de hand van normatieve overwegingen.¹⁶⁸ Hoe de genomen beslissing vervolgens uitpakt in de werkelijkheid dient vervolgens te worden geëvalueerd.

4.4 *Juridisch perspectief*

4.4.1 Inleiding

Na verkenning van twee aan het recht externe perspectieven wordt in deze paragraaf de blik gericht vanuit het rechtssysteem zelf. In het navolgende komen drie aspecten aan bod:

- mensenrechten, vanwege de hoge status die zij bekleden in onze rechtsorde (paragraaf 4.4.2);
- het beginsel van slachtofferbescherming/bescherming van de zwakke partij (ook kortweg aangeduid als hoedanigheid van partijen¹⁶⁹), omdat dit in veel geval bepalend is geweest voor de richting van privaatrechtelijke rechtsontwikkeling (paragraaf 4.4.3); en ten slotte
- de rechtsgelijkheid, omdat dit een basale en wellicht aangeboren – notie van rechtvaardigheid is (paragraaf 4.4.4). Daarbij zal ook worden ingegaan op de kwaliteit van de argumentatie van de wetgever.

Paragraaf 4.4.5 bevat een conclusie.

4.4.2 Mensenrechtelijk perspectief

Een immuniteit beperkt de toegang tot de rechter en daarmee het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM). In het bekende *Osman*-arrest heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) beslist dat de wijze waarop de immuniteit die het Engelse recht aan de politie toekende werd toegepast, een disproportionele schending van art. 6 EVRM opleverde¹⁷⁰:

“The Court would observe that the application of the rule in this manner without further enquiry into the existence of competing public policy considerations only serves to confer a blanket immunity on the police for their acts and omissions during the investigation and suppression of crime and amounts to an unjustifiable restriction on an applicant’s

168. Hiernee is uiteraard niet gezegd dat sociaalpsychologische inzichten niet zinvol kunnen zijn. Meer inzicht in bijvoorbeeld hoe consumenten en rechters tot beslissingen komen kan zeer waardevol zijn en kan aanleiding vormen om procedures aan te passen, informatieplichten kritisch onder de loep te nemen of verplichte verzekeringen te overwegen. Zie onder andere Faure 2009; Van Boom 2003a; Giesen 2005b; Tiemeijer, Thomas & Prast 2009; Tiemeijer 2011; Ten Velden en De Dreu 2012 en verschillende bijdragen in Van Boom, Giesen en Verheij 2008. Verder onderzoek is derhalve nodig.

169. Zie over hoedanigheid van contractspartijen Tjittes 1994.

170. EHRM 28 oktober 1998, NJ 20000, 134, m.nt. E.A.A. (*Osman*/Verenigd Koninkrijk), zie met name rov. 154.

right to have a determination on the merits of his or her claim against the police in deserving cases. In its view, it must be open to a domestic court to have regard to the presence of other public interest considerations which pull in the opposite direction to the application of the rule. Failing this, there will be no distinction made between degrees of negligence or of harm suffered or any consideration of the justice of a particular case."¹⁷¹

Betoogd is dat ditzelfde ook in horizontale verhoudingen dient te gelden.¹⁷² Dat zou inderdaad aan een eis van elementaire rechtsgelijkheid beantwoorden (waarover meer in paragraaf 4.4.4). Op deze plaats wil ik mij beperken tot de aantekening dat de Europeesrechtelijke toets in *Osman* wel de nodige speelruimte laat aan immuniteiten.

Niet het bestaan van immuniteiten als zodanig, maar de *automatische* toepassing daarvan door de Engelse rechter ging het EHRM blijkens bovenstaande rechtsoverweging te ver. De Engelse rechter verrichtte geen belangenafweging in het licht van de concrete omstandigheden van het geval. Waar dit wel gebeurt, is geen sprake van schending van art. 6 EVRM. Dit wordt bevestigd in twee daarop volgende uitspraken: *Z/Verenigd Koninkrijk en Keegan/Verenigd Koninkrijk*.

In *Z/Verenigd Koninkrijk* weigerde het *House of Lords* om een 'duty of care' wegens niet-ingrijpen aan te nemen van een 'local authority' jegens kinderen die door hun ouders werden verwaarloosd en misbruikt. Het EHRM overwoog dat de beslissing om geen nieuwe categorie van 'negligence' aan te nemen 'after weighing in the balance the competing considerations of public policy' (par. 96) geen immuniteit vormde en de toets der kritiek kon doorstaan.¹⁷³

Uit *Keegan/Verenigd Koninkrijk* blijkt dat een verhoogde drempel voor aansprakelijkheid onder verwijzing naar een publiek belang niet zonder meer door de beugel kan. In deze zaak had de politie om 7 uur 's ochtends een gewapende inval gedaan in het huis van het gezin Keegan in de verwachting daar een gevaarlijke crimineel aan te treffen. Eenvoudig onderzoek had de politie echter kunnen leren dat die persoon daar al lang niet meer verbleef. De leden van het gezin Keegan stelden een Post Traumatische Stress Stoornis te hebben overgehouden aan het politieoptreden en vorderden schadevergoeding op grond van – voor zover hier van belang – de 'tort of maliciously procuring a search warrant'. Hun vorderingen wer-

171. Rov. 151.

172. Van Dam 2000, nr. 608.

173. Zie over deze uitspraken Van Dam 2006a, nr. 1804-3 die vermeldt dat *Z/Verenigd Koninkrijk* werd gezien als een (gedeelte) terugkomen op *Osman* waardoor een eind kwam aan de 'Osmania'.

den door de Engelse rechter afgewezen omdat het vereiste 'malice' aan de zijde van de politie ontbrak. Het EHRM oordeelde dat sprake was van een schending van art. 8 EVRM:

"34. (...) The Court cannot agree that limiting actions for damages to cases of malice is necessary to protect the police in their vital function of investigating crime. (...) In a case where basic steps to verify the connection between the address and the offence under investigation were not carried out, the resulting police action, which caused the applicants considerable fear and alarm, cannot be regarded as proportionate."

Tevens nam het EHRM een schending van art. 13 EVRM aan wegens het ontbreken van een voldoende effectieve remedie in het nationale recht. Engelse rechters, aldus het EHRM in par. 42:

"were unable to examine issues of proportionality or reasonableness and, as various judges in the domestic proceedings noted, the balance was set in favour of protection of the police in such cases."

Hocwel *Z/Verenigd Koninkrijk* veelal wordt beschouwd als een terugkomen op *Osman*, valt in de rechtspraak van het EHRM wel degelijk een constante lijn te ontdekken. Deze is dat de nationale rechter een belangenafweging dient te verrichten. Een regel die dat op voorhand onmogelijk maakt – waardoor bijvoorbeeld zeer slordig gedrag van de politie in *Keegan/Verenigd Koninkrijk* niet meer kon worden meegewogen – kan niet door de beugel. In deze interpretatie verzet het EVRM zich dus niet tegen afwijkingen van de gewone regels van aansprakelijkheid als zodanig zolang de nationale rechter toetst of de concrete omstandigheden van het geval (bijvoorbeeld ernstige verwijtbaarheid van gedaagde) geen aanleiding moeten vormen voor afwijking. Men zou dus kunnen zeggen dat het EVRM aldus dezelfde functie vervult als de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW). Er is een wettelijke regel, maar de rechter dient in het licht van de omstandigheden van het geval te bezien of toepassing daarvan niet leidt tot een onaanvaardbaar resultaat.

Alle in paragraaf 2 behandelde uitzonderingen op de normale regels van aansprakelijkheid hebben echter een minder absoluut karakter dan de Engelse immuniteit die in *Osman* of de verhoogde drempel voor aansprakelijkheid die in *Keegan* aan de orde was. Een strikter criterium voor aansprakelijkheid (paragraaf 2.3), aansprakelijkheidsplafonds (paragraaf 2.4) en onvergoedbaarheid van bepaalde schadeposten (paragraaf 2.5) beperken de toegang tot de rechter immers niet. Zij vormen daarentegen eerder het resultaat van een afweging van de verschillende in het geding zijnde belangen. De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid maakt verdere nuancering bovendien mogelijk. De gevallen waarin aansprakelijk-

heid volledig is uitgesloten (paragraaf 2.2) zijn van een geheel andere orde dan de Engelse blanco immuniteit. Art. 6:164 BW en 7:24 lid 2 BW kanaliseren aansprakelijkheid naar andere personen. De benadeelde blijft dus niet met lege handen achter. Het inroepen van een volledige exoneration wordt getoetst aan art. 6:248 lid 2 BW. Bij de onverhaalbaarheid van brandweerkosten is het de burger die wordt beschermd tegen de overheid en niet andersom. De feitelijke immuniteit die voortvloeit uit de taakverdeling tussen strafrechter en burgerlijke rechter laat de mogelijkheden voor de verdachte om het oordeel van de deskundige aan te vechten bij de strafrechter onverlet, zodat van blokkering van de toegang tot de rechter geen sprake is. Alleen immuniteit van de rechter voor persoonlijke aansprakelijkheid is volledig en dient automatisch te worden toegepast. Ook hier wordt de soep niet zo heet gegeten als zij wordt opgediend omdat benadeelden wel de Staat aansprakelijk kunnen stellen. Het leerstuk van de formele rechtskracht ten slotte houdt benadeelden weliswaar af van de burgerlijke rechter, maar er stond wel een bestuursrechtelijke rechtsgang open. Het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel (art. 13 EVRM) vereist dan wel dat deze toegang niet slechts theoretisch was.¹⁷⁴ Anders dan in *Osman* en *Kee-gan* hebben benadeelden in al deze gevallen in beginsel dus wel degelijk effectieve toegang tot een rechter.

Art. 6 EVRM biedt derhalve wel degelijk een kader, maar de toets is betrekkelijk marginaal. De waarde is vooral gelegen in de gezichtspunten die het EHRM in *Osman* naar voren schuift, te weten de aard (ernst) van de normschending en de aard en ernst van de schade. Deze gezichtspunten zijn goede bekenden in de Nederlandse context (vgl. art. 6:98 BW) en dienen – zo zal ik hierna in paragraaf 5 betogen – een grotere rol te spelen in de rechtspraak dan thans het geval is.

In relatie tot limieten is art. 1 Eerste Protocol EVRM relevant.¹⁷⁵ De vraag is of die limieten een *fair balance* treffen tussen slachtoffer en aansprakelijke. Deze limieten lijken eerder een kwestie van gewoonte dan dat zij noodzakelijk zijn voor de verzekeraarbaarheid.¹⁷⁶ Wegens het ontbreken daarvan heeft het Hof Amsterdam de limiet van art. 8:110 BW in strijd geacht met art. 1 Eerste Protocol EVRM.¹⁷⁷

174. Vgl. kritiek op het Enschede-arrest door Van Maanen 2011, p. 53.

175. Zie hierover Lindenbergh 2004, p. 110-114; Barkhuysen en Van Emmerik 2005; Ploeger 2005 en Keirse 2011, p. 5-8.

176. Vgl. voor rechtseconomische kritiek hiervoor paragraaf 4.2 en ook Enaus en Giesen, VR 2007, p. 374-375.

177. Hof Amsterdam 12 augustus 2004, NJF 2004, 543.

4.4.3 Hoedanigheid van partijen

De bescherming van zwakke partijen is een belangrijk kenmerk van het privaatrecht zoals dat zich in de twintigste eeuw heeft ontwikkeld.¹⁷⁸ De eerste stappen zijn gezet door bescherming van werknemers en huurders. Mede onder invloed van de Europese integratie is deze tendens verder versterkt door vele richtlijnen die (een hoog niveau van) consumentenbescherming voorschrijven. Op het gebied van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht is slachtofferbescherming een duidelijke plaats gekregen in de rechtspraak.¹⁷⁹

Tegen deze achtergrond zijn begrijpelijk de gevallen waarin van de gewone regels wordt afgeweken wegens kwetsbaarheid of geringe draagkracht van bepaalde personen: art. 6:109 BW, art. 6:164 BW en de daarmee corresponderende 100%-regel bij eigen schuld, art. 6:170 lid 3 BW/art. 7:661 lid 1 BW, art. 7:24 lid 2 BW en volledige exoneration door kleine partijen.¹⁸⁰

Anders ligt dit met name bij twee gevallen waarin afwijking van de normale regels gemotiveerd werd door rechtszekerheid en efficiëntie, te weten bij het limitatieve stelsel van art. 6:107-108 BW en het fixatiestelsel van art. 6:119/119a BW.¹⁸¹ De spanning tussen 'Einzelfallgerechtigtheit' en rechtszekerheid is hier nadrukkelijk aanwezig en zeker waar het gaat om letselschade is niet vanzelfsprekend dat het laatste belang zwaarder weegt.

Benadeelden en veroorzakers staan direct tegenover elkaar in de gevallen waarin de veroorzaker van de schade door limitering of een verhoogde drempel wordt beschermd tegen aansprakelijkheid. Sprekende voorbeelden zijn olievervuiling en de beperkte aansprakelijkheid van de DNB en AFM. Hoewel het beschermde belang soms in algemene termen wordt

178. Tangemeijer/Schrage 1994, p. 90-103 en Hartkamp 2010, p. 37-40. Bescherming van zwakke partijen vond soms ook buiten het privaatrecht plaats door regelgeving die de contractsvrijheid beperkte, zoals bijv. de Kinderwet van Van Houten van 1874. Zie daarover Valkhoff 1949, p. 183.

179. Zie in relatie tot eigen schuld HR 1 juni 1990, NJ 1991, 720, m.nt. CJHB (Ingrid Kolkman); HR 31 mei 1991, NJ 1991, 721, m.nt. CJHB (Marbeth van Uitregt) en bij toerekening (art. 6:98 BW) van personenschade HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372, m.nt. GJS (aangereden hartpatiënt); HR 9 juni 1972, 360, m.nt. GJS (Risico-Bank/Oskam); HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136, m.nt. CJHB (Joe/ChicagoBridge); HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137, m.nt. CJHB (Henderson/Gibbs); HR 4 november 1988, NJ 1989, 751, m.nt. CJHB (ABP/Van Stuyvenberg) en HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667, m.nt. PAS (Nuts/Hofman).

180. Zie hiervoor paragraaf 3.2.

181. Zie hiervoor paragraaf 3.2.

geduid, is het hier toch in essentie het belang van een bepaalde categorie personen dat prioriteit krijgt.¹⁸²

Vanuit het perspectief van slachtofferbescherming zijn de afwijkingen in de vorige twee alinea's genoemd, niet vanzelfsprekend. Natuurlijk dient bescherming van zwakke partijen en slachtoffers niet tot dogma te worden verheven. Evenals ieder ander belang of beginsel moet het onder omstandigheden soms wijken voor andere belangen of beginselen. Een consequente bescherming van zwakke partijen/slachtoffers brengt echter wel mee dat daarvoor dan overtuigende redenen aanwezig dienen te zijn.

4.4.4 Rechtsgelijkheid en kwaliteit argumentatie wetgever

Op het gebied van vergoeding van personenschade is rechtsgelijkheid soms ver te zoeken. Enerzijds blijkt uit wet en rechtspraak dat vergoeding prioriteit heeft, met name art. 7:463 BW, art. 6:237 sub f BW, art. 6:173 BW, art. 6:174 BW, art. 6:185 e.v. BW, art. 185 WvW, de 50% en 100%-regel bij eigen schuld en de rechtspraak op basis van art. 7:611 BW en art. 7:658 BW. Anderzijds zijn er de niet aan geldontwaarding aangepaste limieten in het vervoerrecht en het limitatieve stelsel van art. 6:107-108 BW.

Vanuit het perspectief van de rechtsgelijkheid is dat moeilijk met elkaar te rijmen. Uit analyse van de voor veel afwijkingen gegeven rechtvaardigingen blijkt dat het perspectief van de rechtsgelijkheid zelden zelfstandig wordt gewogen of het snel aflegt tegen twijfelachtige argumenten.

Art. 6:107-108 BW

De grote onzekerheid die het limitatieve stelsel van het huidige art. 6:107-108 BW zou voorkomen, werd verdedigd met verwijzing naar Franse en Belgische rechtspraak die zouden 'bewijzen, dat dit gevaar niet denkbeeldig is'.¹⁸³ Bij deze uitspraak wordt uitsluitend verwezen naar een heel algemene bron over het Belgische recht, het Franse recht blijft buiten beschouwing.¹⁸⁴

Tegen vergoeding van affectieschade werd in het bijzonder nog aangevoerd dat dit de verzekeringspremies aanzienlijk omhoog zou drijven:

182. Zie hiervoor paragraaf 3.2.

183. PG Boek 6, p. 392.

184. Ronsc 1956, p. 3. Aantallen worden niet genoemd, er staat letterlijk: "Enerzijds gaf het steeds toenemende aantal schadegevallen aanleiding tot een zeer *overvloedige rechtspraak* die, op belangrijke punten, van de Franse rechtspraak afwijkt." (cursivering in oorspronkelijk tekst)

“In België betaalt een eigenaar van een automobiel wegens de hogere bedragen, die daar de rechter bij ongevallen aan het slachtoffer en zijn nagelaten betrekking toekent, een premie, die drie à vier maal zo hoog is als in Nederland.”¹⁸⁵

Bij deze uitspraak ontbreekt echter de voetnoot met bronverwijzing.

Ironisch is dat toen op verzoek van de Eerste Kamer empirisch onderzoek werd verricht naar de behoefte aan vergoeding van affectieschade¹⁸⁶, de uitkomsten van dat onderzoek (kort gezegd: ja vergoeding vervult in een behoefte¹⁸⁷) vervolgens door diezelfde Eerste Kamer volkomen werden genegeerd.¹⁸⁸

Fixatiestelsel bij wettelijke rente

Het feit dat niet iedereen op dezelfde voorwaarden toegang heeft tot de geldmarkt, werd niet ontkend, maar van minder gewicht geacht dan rechtszekerheid en hanteerbaarheid van het recht. Met deze regel wordt voor één bepaalde prestatie, te weten betaling van een geldsom, ten nadele van de schuldeiser afgeweken van het uitgangspunt dat schade volledig wordt vergoed. Bij abstracte schadebegroting – die ook gemotiveerd is door overwegingen van hanteerbaarheid¹⁸⁹ – heeft de schuldeiser tenminste de keuze tussen abstracte of concrete begroting. Die mogelijkheid wordt hem hier zonder duidelijke reden ontnomen. Duidelijk is ook dat het fixatiestelsel in het nadeel van kleine, minder kapitaalkrachtige partijen werkt. Juist zij zullen bij gebrek aan onderpand niet gemakkelijk of slechts tegen hoge rente geld kunnen lenen. Het fixatiestelsel staat derhalve haaks op de bescherming van zwakke partijen. Met name bij verzekeringsovereenkomsten kan dit voor de verzekerde dramatisch uitpakken¹⁹⁰, terwijl in ander verband de verzekerde als zwakke partij nu juist beschermenswaardig wordt geacht (zie bijv. art. 7:954 BW (action directe)). Dat op basis van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) een uitzondering kan worden gemaakt, doet daaraan niet af. Deze mogelijkheid is slechts een veiligheidsklep om extreme onbillijkheden te voorkomen en is niet geëigend om de aan het fixatiestelsel inherente onbillijkheden weg te nemen. Bovendien heeft de Hoge Raad tot dusverre nog nooit aanleiding gezien om op die basis af te wijken van het fixatiestelsel.

185. PG Bock 6, p. 390.

186. VV I, Kamerstukken I, 2004-2005, 28 781 B.

187. Akkermans e.a. 2008.

188. Op 23 maart 2010 werd het wetsvoorstel ‘Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten’ (28 781) door de Eerste Kamer verworpen. Zie daarover Lindenberg 2010.

189. HR 26 oktober 2012, RvdW 2012, 1340 (Reaal/Athlon Car Lease).

190. Zie HR 2 november 1990, NJ 1992, 83, m.nt. IJS (Kaiser/Interpolis).

Art. 7:24 lid 2 BW

Waarom de detaillist-middenstander kwetsbaarder is dan de consument en de aansprakelijkheid naar de producent gekanaliseerd dient te worden (art. 7:24 lid 2 BW), wordt niet duidelijk bij lezing van de parlementaire geschiedenis. De producent kan immers niet meer bestaan of lastig te traceren blijken. Bovendien is het de verkoper die het besluit heeft genomen om producten van een bepaalde producent aan te bieden. Het risico dat deze producten niet voldoen, ligt met andere woorden eerder in zijn sfeer dan in die van de consument-koper. Daarbij komt dat het mogelijkerwijs om letselschade gaat en bij niet-consumentenkoop de verkoper in beginsel wel aansprakelijk is, ook al was hij slechts een doorgeefluik.¹⁹¹ Het argument dat de verkoper gecompenseerd diende te worden voor de verregaande bescherming van de consument-koper, heeft de kenmerken van politieke koehandel en oogt weinig principieel.¹⁹² Bovendien wordt niet aannemelijk gemaakt dat de detaillist-verkoper in de problemen zou komen bij het nemen van verhaal op zijn voorschakel.

Aansprakelijkheid DNB en AFM

De redenen die de Minister van Financiën aanvoerde voor beperking van aansprakelijkheid van de AFM en DNB zijn terecht in de literatuur bekritiseerd.¹⁹³ Beperking van aansprakelijkheid zou ten eerste wenselijk zijn “vanwege de mogelijkheid die dit biedt aan financiële toezichthouders voor meer openlijk en kritisch toezicht.”¹⁹⁴ Dit behoeft toelichting. Om te beginnen ontbreekt een duidelijke vergelijkingsmaatstaf zodat niet duidelijk is wat ‘meer openlijk en kritisch toezicht’ inhoudt.¹⁹⁵ Een voor de hand liggende – maar onbeantwoorde – vraag is of er gevallen bekend zijn waarin de AFM of DNB openlijk en kritisch toezicht wilde houden (wat dat dan ook is), maar daarvan af zag uit vrees aansprakelijk te worden gehouden. De tweede reden die de Minister van Financiën geeft, is zo mogelijk nog minder overtuigend, namelijk: door de voorgestelde beperking zou aansluiting worden gezocht bij het geldende aansprakelijkheidsregime in de ons omringende landen, hetgeen zou bijdragen aan de internationale herkenbaarheid van het Nederlandse regime.¹⁹⁶ Wat wordt bedoeld met ‘internationale herkenbaarheid’? Sinds wanneer is dat een relevante factor? Wat is nu eigenlijk het praktische probleem waarop de minister doelt? Daar

191. HR 27 april 2001, NJ 2002, 213 (Oertlemans/Driessen).

192. En lijkt dus een voorbeeld van politieke infiltratie in het privaatrecht zie Van Dam 1994.

193. Giesen 2005; Van Dam 2006b; De Kezel, Van Dam, Giesen en Du Perron 2009 en Busch 2011.

194. Kamerstukken II 2010-2011, 31 123, nr. 6, p. 1.

195. Openlijk toezicht kan juist wegens het toezichthoudersdilemma problematisch zijn, zie over dit begrip Giesen 2005, p. 140-141.

196. Kamerstukken II 2010-2011, 31 123, nr. 6, p. 2.

komt bij dat de uitspraak van de Hoge Raad in *Vie d'Or* duidelijk maakt dat toezichthouders de nodige beleidsvrijheid hebben.¹⁹⁷ Alleen in geval van ernstige verwijtbaarheid lijkt ruimte voor aansprakelijkheid te bestaan. Met andere woorden, er gold naar geldend recht al een verhoogde drempel en die laat zich desgewenst best uitleggen aan buitenlanders. Ook hier werden de uitkomsten van eerder onderzoek genegeerd.¹⁹⁸

Internationale olievervuiling en art. 6:110 BW

Analyse van de totstandkomingsgeschiedenis van limitering van aansprakelijkheid bij olievervuiling laat zien dat de vraag naar de wenselijkheid daarvan geen voorwerp van serieuze discussie is geweest. *Path dependency* lijkt hier een voorname rol te hebben gespeeld. De veronderstellingen over verzekeraarbaarheid en de prijs van olie blijken grotendeels op misverstanden te berusten.

De gedachte die in de parlementaire geschiedenis van art. 6:110 BW wordt geuit dat een limiet noodzakelijk is om bepaalde grote schades verzekeraar te houden, bleken rechtseconomisch onjuist.

4.4.5 Conclusie: ongemotiveerde rechtsongelijkheid

Verskillende uitzonderingen verhouden zich niet goed met het beginsel van bescherming van zwakke partijen of met meer concrete regels (fixatiestelsel versus abstracte schadebegroting, art. 7:24 lid 2 BW versus Oerlemans/Driessen¹⁹⁹). Uit de motivatie voor afwijking blijkt niet waarom nu juist in dit geval het belang van slachtoffers of zwakke partijen dient te wijken. Politieke in plaats van inhoudelijke juridische motieven lijken in sommige gevallen de doorslag te hebben gegeven, soms als gevolg van de kennelijke of duidelijke invloed van lobbygroepen (art. 7:24 lid 2 BW en de verhoogde drempel voor aansprakelijkheid van DNB en AFM). Opvallend is dat het mensenrechtelijk perspectief geen serieuze aandacht krijgt.

4.5 Algemene conclusie

Het algemene beeld dat zich opdringt, is dat vooral de wetgever in een aantal gevallen kritiek verdient. Enkele harde uitzonderingen op de gewone regels zijn pover onderbouwd. Er wordt daarbij uitgegaan van allerlei fei-

197. HR 13 oktober 2006, NJ 2008, 529, m.nt. C.C. van Dam (Vic d'Or). Vgl. in die zin Busch 2011, par. 2.1 en p. 38.

198. Van Dam 2006b en De Kezel, Van Dam, Giesen en Du Perron 2009.

199. HR 27 april 2001, NJ 2002, 213.

telijke veronderstellingen over hoe mensen reageren, verzekeraarbaarheid en problemen in een andere jurisdictie zonder dat deze goed worden onderzocht. Voor zover wel onderzoek plaatsvindt, wordt dit genegeerd.

Dergelijke evidente hiaten in redeneringen treft men bij de door de rechter gemaakte uitzonderingen in veel mindere mate aan. Dat komt waarschijnlijk doordat de rechter vooral normatief argumenteert in het kader van een concrete beslissing. Hij kijkt daarbij hoofdzakelijk achteruit (wat is de bedoeling van de regeling?) in plaats van vooruit (wat zouden de feitelijke gevolgen van de ene of de andere beslissing zijn?).²⁰⁰ Tot op zeker hoogte is dit het gevolg van een gebrek aan speelruimte: hij is geen wetgever, hij is lijdelijk en de civiele procedure kent beperkingen voor (wetenschappelijk) feitenonderzoek.²⁰¹ Voor zover mogelijke effecten van een uitspraak in bepaalde zin een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming, is dit niet kenbaar uit de uitspraken.

5. Aanbevelingen

5.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt allereerst nader stilgestaan bij de vraag waarom immuniteiten de civilist een ongemakkelijk gevoel geven (paragraaf 5.2). Daarna volgen enkele aanbevelingen voor de wetgever (paragraaf 5.3) en de rechter (paragraaf 5.4). Paragraaf 5.5 bevat een besluit.

5.2 Onbehagen met immuniteiten

Het aansprakelijkheidsrecht valt te karakteriseren als een 'bewegelijk systeem'.²⁰² Dit betekent in relatie tot art. 6:162 BW dat in dat artikel geen *vereisten* zijn neergelegd waaraan voor aansprakelijkheid voldaan moet zijn, maar dat dit artikel *elementen* bevat die elkaar kunnen *compenseren*.²⁰³ Er is derhalve geen sprake van denken in termen van 'als X dan rechtsgevolg Y', maar van 'hoe meer van X, des te eerder rechtsgevolg Y'. Er is sprake van een systeem omdat de elementen vast liggen. Het is een bewegelijk systeem omdat het ene element het andere kan vervangen. De onrechtmatige daad vormt een bewegelijk systeem omdat onrechtmatig-

200. Over voor- en achteruit kijken Verheij 2003, p. 923-924.

201. Vgl. Hartlief 2012a, par. 3.10.

202. Deze theorie is in 1941 door de Oostenrijker Wilburg ontwikkeld, zie Wilburg 1941 en verder met name Wilburg 1950 en Wilburg 1963/1964, p. 346-379.

203. Vgl. Verheij 2002, nrs. 379-380 en Verheij 2005a, nr. 30.

heid, toerekening, causaal verband en schade onder omstandigheden niet of nauwelijks een voorwaarde voor aansprakelijkheid vormen. Wat betreft schade en causaal verband valt te denken aan de proportionele aansprakelijkheid en *wrongful life*.²⁰⁴ In het Meppelse Ree-arrest objectiverde de Hoge Raad toerekening in zo verregaande mate dat de drempel wel heel laag wordt.²⁰⁵ De onrechtmatigheid ten slotte, is strikt genomen afwezig bij aansprakelijkheid voor rechtmatige daad.²⁰⁶ Ook art. 6:98 BW is een bewegelijk systeem. Is de schade niet goed te voorzien, dan kan dit gezichtspunt worden gecompenseerd door bijvoorbeeld de aard van de schade en/of de aard van de gedraging.

Tegen deze achtergrond is gemakkelijk te begrijpen waarom vooral 'harde' immunititeiten voor civilisten ongemakkelijk zijn. Zij vormen een grens die in beginsel niet mag worden overschreden. Een limiet van € 1.000.000 is een limiet van € 1.000.000. Punt uit. Dit inflexibele (zwart/wit, 'alles of niets') denken botst met het bewegelijke systeem van het aansprakelijkheidsrecht.²⁰⁷ Art. 6:2 lid 2 BW verschaft slechts een nooduitgang en vormt geen structurele oplossing. Immunititeiten vormen derhalve een vreemde eend in de bijt van het moderne aansprakelijkheidsrecht.

Dit onbehagen wordt nog eens versterkt door de tegenwoordige aandacht voor de vraag of de burger zijn rechten daadwerkelijk kan realiseren in het bijzonder en de aandacht voor de verhouding tussen materieel en procesrecht in het algemeen.²⁰⁸ Theoretisch valt dit voor wat betreft het aansprakelijkheidsrecht te baseren op de rechtshandhavingsfunctie.²⁰⁹ In de praktijk spelen de *effective remedy* van art. 13 EVRM en het effectiviteitsbeginsel van de Europese Hof van Justitie steeds vaker een belangrijke aanjagende functie. Immunititeiten staan aan de verwezenlijking van rechten in de weg en botsen dus met genoemd streven. Dat het trekken van harde grenzen niet langer zonder meer gerechtvaardigd wordt geacht, blijkt ook

204. IIR 31 maart 2006, NJ 2011, 250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Nefalit/Karamus) en IIR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, m.nt. Vranken.

205. HR 11 november 1983, NJ 1984, 331.

206. Denk aan aansprakelijkheid wegens tenuitvoerlegging van een in hoger beroep vernietigde uitspraak, wegens een achteraf onterecht gelegd conservatoir beslag en politietroepen jegens iemand die later onschuldig blijkt te zijn. In al deze gevallen is het vereiste van onrechtmatigheid flinterdun. Zie ook Van Maanen en De Lange 2005, hoofdstuk IX en X.

207. Zie ook Van Boom, Jansen en Linssen 1997 en Bollen en Hartlief 2009, p. 1806-2812.

208. Zie in relatie tot rechtsvinding Asser/Vranken 1995.

209. Zie over deze functie onder andere Vorheij 2002, hoofdstuk X, Lindenberg 2008a, par. 2.3.4, de special over handhaving in WPNR 6772 (2008) en Engelhard, Giesen, Mahé, Schaub, 2009 en kritisch Kortmann en Sieburgh 2009.

uit de doorbreking of oprekking van verjaringstermijnen wegens bijzondere omstandigheden.²¹⁰

5.3 *Aanbevelingen voor de wetgever*

Uit het voorgaande bleek dat de wetgever meer oog zou kunnen hebben voor het belang van de rechtsgelijkheid. Voor afwijking is slechts plaats indien daarvoor klemmende redenen aanwezig zijn. Meer in het algemeen geldt dat afwijkingen die tot doel hebben kwetsbare partijen te beschermen beter passen in de systematiek van het burgerlijk recht dan afwijkingen die zijn gemotiveerd door algemene, meer instrumentele motieven: efficiëntie en gedragsveronderstellingen. Dat betekent dat van de in paragraaf 3.2 genoemde rechtvaardigingen voor immuniteiten eigenlijk alleen de eerste (bescherming van zwakke partijen) als zodanig valt te onderschrijven.²¹¹ Voor de overige motieven dient empirisch bewijs te worden aangedragen.

Dit betekent, in de tweede plaats, dat – waar mogelijk – meer aandacht voor de empirische onderbouwing van bepaalde veronderstellingen wenselijk is. Als onderzoek wordt verricht, dienen de resultaten daarvan vervolgens gemotiveerder dan tot op heden het geval is in de besluitvorming te worden betrokken.

Belangrijk is in de derde plaats dat vervolgens wordt geëvalueerd of de gehanteerde veronderstellingen juist bleken en of beoogde effecten inderdaad zijn opgetreden.²¹² Dit vergt vooraf explicitering daarvan en tevens data over de stand van zaken voor de interventie. Als bijvoorbeeld in relatie tot de beperking van de aansprakelijkheid van de AFM en DNB niet duidelijk is wat ‘meer openlijk en kritisch toezicht’ inhoudt (zie paragraaf 2.3), valt later niet na te gaan of het met de beperking beoogde effect inderdaad is opgetreden. Een memorie van toelichting dient derhalve meer te bevatten dan een heel globale beschrijving van de aanleiding voor het wetsvoorstel.

210. Zie HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15 en 16, met noot ARB voor beide uitspraken onder HR 25 juni 1999, NJ 2000, 16 (mishandeling tijdens kinderjaren); IIR 8 september 2000, NJ 2001, 2, nt. CJHB (seksueel misbruik); HR 11 oktober 2002, NJ 2002, 558 (seksueel misbruik) en HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 en 431 (asbest), nt. ARB onder NJ 2000, 431. In HR 25 juni 1999, NJ 2000, 16, nt. ARB (mishandeling tijdens kinderjaren) hield de Hoge Raad echter wel strak vast aan de objectieve verjaringstermijn van twintig jaar.

211. Hetgeen niet wegneemt dat in voorkomend geval geëvalueerd dient te worden of de beoogde bescherming inderdaad wordt gerealiseerd.

212. Dat is kennelijk niet vanzelfsprekend. Zo moesten Faure en Verheij 2007, nr. 969 constateerden dat dit in relatie tot wetgeving met betrekking tot milieuschade noch in Nederland noch in het buitenland was gebeurd.

In de vierde plaats dient meer gewicht te worden toegekend aan de aan het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht ten grondslag liggende beginselen en uitgangspunten en aan mensenrechtelijke overwegingen.²¹³ Daarbij zou de rechtsgelijkheid als gezegd zwaarder gewicht moeten krijgen, zeker waar het personenschade betreft.

Concreet zou de wetgever de volgende onderwerpen ter hand dienen te nemen. Bij deze opsomming is gewicht toegekend aan de mate waarin de rechtsgelijkheid is geschonden, de mate waarin veelvuldige rechtspraak heeft geleid tot onnodige complexiteit en rechtsonzekerheid, de hoeveelheid kritiek in de literatuur en de mogelijkheden voor benadeelden om hun schade elders te verhalen.

- (1) Hervorming van art. 6:107-108 BW.
- (2) Afschaffing van limieten of anders zo mogelijk harmonisering daarvan.²¹⁴ Bovendien dient er een mechanisme te komen om voor indexering zorg te dragen.
- (3) Heroverweging van het fixatiestelsel met betrekking tot de wettelijke rente.
- (4) Heroverweging van art. 7:24 lid 2 BW.
- (5) Versimpeling van de leer van de formele rechtskracht.
- (6) Versoepeling van het criterium voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak in die zin dat een ernstige fout voldoende is voor aansprakelijkheid.
- (7) In relatie tot financiële toezichthouders laat zich de vraag stellen of geen behoefte bestaat aan een procedure in het kader waarvan een onafhankelijke instantie (niet de AFM of DNB zelf) overweegt of – in het licht van een eventueel beschikbaar kritisch onderzoeksrapport – een vergoeding naar billijkheid op haar plaats is. Een dergelijke procedure dient de mogelijkheid om in rechte schadevergoeding te vorderen onverlet te laten. Het voordeel voor benadeelden is dat zij in voorkomende gevallen een (beperkte) compensatie verkrijgen zonder een langdurige en kostbare gerechtelijke procedure; het voordeel voor de financiële toezichthouder is dat geen rechterlijk zwart-wit oordeel wordt geveld over haar functioneren.²¹⁵ Gezien de hoge drempel voor aan-

213. Bijvoorbeeld het beginsel van volledige vergoeding van schade, het uitgangspunt dat vergoeding van personenschade prioriteit geniet, het feit dat de verkoper in beginsel aansprakelijk is jegens de professionele koper ook als hij slechts een 'doorgeefluik' is en de gedachte dat een partij daadwerkelijk in staat moet zijn om zijn rechten te verwezenlijken.

214. Voor zover limieten voortvloeien uit verdragsrecht kan de Nederlandse regering zich sterk maken voor afschaffing daarvan.

215. Vgl. de in Engeland bestaande gebruik van *ex gratia* betalingen door 'public bodies' na onderzoek door een ombudsman. Zie daarover Van Dam 2006a, p. 517.

sprakelijkheid zullen veel benadeelden in de praktijk immers afzien van een gerechtelijke procedure. De grondslag van de vergoeding valt wellicht te zoeken in de billijkheid of in het beginsel van de *égalité devant les charges publiques*.²¹⁶ Uiteraard is het bovenstaande niet meer dan een ruwe schets en verdient deze kwestie nadere doordenking.

5.4 Aanbevelingen voor de rechter

5.4.1 Inleiding

Geconstateerd is dat er sprake is van rechtsongelijkheid die niet goed valt te motiveren.²¹⁷ In deze paragraaf wordt geïnventariseerd wat de rechter vanuit zijn rol kan doen om deze rechtsongelijkheid (zoveel mogelijk) op te heffen. De wetgever is daartoe beter gesitueerd, maar dat wil niet zeggen dat de rechter geen mogelijkheden tot zijn beschikking heeft. Eerst wordt betoogd dat enkele gezichtspunten meer gewicht verdienen (paragraaf 5.4.2) en wordt verkend waartoe dat kan leiden (paragraaf 5.4.3). Tot slot volgt nog een aantal meer algemene aanbevelingen (paragraaf 5.4.4).

5.4.2 Meer gewicht toekennen aan bepaalde gezichtspunten

Het trekken van harde grenzen past dus niet goed meer in het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.²¹⁸ De rechter die daarom een harde grens wil nuanceren, kan naar art. 6:2 lid 2 BW grijpen, maar andere wegen zijn ook denkbaar zoals het constateren van leemtes in de parlementaire geschiedenis of de algemene bewoordingen van een regeling.²¹⁹ De precieze constructie is hierbij minder van belang dan de inhoudelijke redenen die hij daarvoor aanvoert. Aan welke redenen of gezichtspunten dient daarbij bijzonder gewicht toe te komen?

Het Oogmerk-arrest kan dienen als inspiratiebron.²²⁰ Een man had, om zijn vrouw van wie hij bijna gescheiden was te treffen, zijn eigen uit het huwelijk geboren zevenjarige zoon vermoord. In cassatie was de vraag of de moeder recht had op smartengeld of dat dit afstuitte op het limitatieve stel-

216. Een niet-ingrijpen of een voor derden niet kenbaar ingrijpen door een toezichthouder is vaak gemotiveerd door overwegingen van algemeen belang. Vgl. het op de 'égalité' gebaseerde voorstel voor schadevergoeding van mede-preadviseur Schutgens, paragraaf V.3. Zie verder Tjepkema 2010.

217. Paragraaf 4.4.5.

218. En niet alleen daar. Ook in het internationale recht heeft de absolute immuniteit plaats gemaakt voor de een relatieve immuniteit zie hiervoor paragraaf 3.2.

219. Vgl. Wendt 2009 in relatie tot het fixatiestelsel bij wettelijke rente.

220. HR 21 oktober 2001, NJ 2002, 216, m.nt. JBMV.

sel van art. 6:108 BW. Uit de parlementaire geschiedenis bleek zonneklaar dat de wetgever geen vergoeding van affectieschade mogelijk had willen maken. De Hoge Raad besliste echter dat art. 6:106 lid 1 sub a BW grondslag bood voor vergoeding van immateriële schade aan de moeder. Technisch-juridisch gesproken was het niet vreemd geweest als de Hoge Raad de vordering had afgewezen onder verwijzing naar het gesloten karakter van art. 6:108 BW. Anderzijds valt er veel voor te zeggen om mensen die opzettelijk schade veroorzaken (zeker in een gruwelijk geval als het onderhavige) civielrechtelijk aansprakelijk te houden. Er zijn geen goede redenen te bedenken om de plegers van een opzettelijke onrechtmatige daad in bescherming te nemen en daarmee hun slachtoffers in de kou te laten staan. De handhaving van de morele en maatschappelijke orde zou dan geheel gedecoreerd worden aan het strafrecht en het aansprakelijkheidsrecht zou gereduceerd worden tot een technische machinerie voor de toedeling van risico's. Dit is in theorie niet ondenkbaar, maar zou wel ingaan tegen de 'vermaatschappelijking' van het privaatrecht zoals die vanaf het einde van de 19^e eeuw heeft plaatsgevonden en waar *Lindenbaum/Cohen* ook onderdeel van uitmaakt.²²¹

De aard van de gedraging (mate van verwijtbaarheid) is dus een gezichtspunt dat de rechter kan gebruiken om te nuanceren. Dit spoort met de uitspraak van het EHRM in *Keegan*. Het feit dat het Engelse recht het niet toestond om de mate van onzorgvuldigheid van de politie mee te wegen, was een reden om een schending aan te nemen.²²²

Zonder op de stoel van de wetgever te gaan zitten, kan de Hoge Raad bestaande immuniteten nuanceren wanneer sprake is van grove schuld, opzet of zelfs oogmerk om bepaalde schade toe te brengen. Hoewel de aard van de gedraging een erkend gezichtspunt is²²³, is het gewicht daarvan onduidelijk.²²⁴ De Hoge Raad zou consequenter dan thans het geval is, gevolgen kunnen verbinden aan het feit dat de veroorzaker van de schade opzettelijk of met grove schuld handelde.²²⁵ Wellicht heeft de Hoge Raad de deur op een kier gezet in het Blauw oog-arrest, maar dit verdere uit-

221. HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 131, zie Valkhoff 1949, p. 168. Met vermaatschappelijking van het privaatrecht bedoelt Valkhoff dat het socialer, minder individualistisch is geworden en dat de collectiviteit meer op de voorgrond is getreden (zie p. 192). Vermaatschappelijking impliceert mijns inziens ook dat het privaatrecht rekening houdt met in de maatschappij levende overtuigingen.

222. Zie hiervoor par. 4.4.2.

223. Met name bij art. 6:98 BW en bij de vraag of sprake is van onrechtmatigheid in art. 6:162 BW en daarover Hartlief 2009a, nr. 218 respectievelijk Van Maanen 2009, nr. 47.

224. Vgl. bijvoorbeeld HR 18 juni 2010, RvdW 2010, 771 (Doerga/Stichting Ymere).

225. Vgl. (vooral in relatie tot shockschade) Lindenbergh 2008b, p. 598-599; Hartlief 2012b, p. 313 en (in contractuele verhoudingen) Van Kogelenberg 2012.

werking.²²⁶ In dit arrest betreffende een vordering tot schadevergoeding wegens een blauw oog overwoog de Hoge Raad namelijk (rov. 3.5):

“De motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat A. onvoldoende heeft onderbouwd dat hij door de mishandeling ook op andere wijze in zijn persoon is aangetast (...) faalt echter. Voor de toewijsbaarheid van een hierop gerichte vordering is uitgangspunt dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer, maar in het onderhavige geval heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat daartoe onvoldoende is gesteld.” (cursivering toegevoegd)

Het vorengaande zou betekenen dat achter het gezichtspunt ‘de aard van de gedraging’ als het ware een sterretje wordt geplaatst, hetgeen betekent: van doorslaggevend gewicht. Dit geeft feitenrechters meer houvast dan lijsten met gezichtspunten waarvan het relatieve gewicht niet duidelijk is.²²⁷

Een tweede eveneens bekend gezichtspunt dat meer gewicht kan krijgen, is de aard en de ernst van de schade. De waarschijnlijke reden dat slachtoffers te hoop lopen tegen het limitatieve stelsel van art. 6:107-108 BW is dat zij zeer ernstige schade hebben geleden. Juist in die gevallen overtuigen algemene, onpersoonlijke belangen als efficiëntie, rechtszekerheid en belasting van de rechterlijke macht niet.

Een derde gezichtspunt wordt gevormd door het mensenrechtelijk perspectief. Als bezwaar tegen argumentatie op grond van mensenrechten in het privaatrecht is aangevoerd dat de belangen die zij vertegenwoordigen van oudsher al in de privaatrechtelijke belangenafweging worden meege-nomen.²²⁸ Vanuit dit perspectief zouden mensenrechten geen toegevoegde waarde hebben. Dit neemt niet weg dat het feit dat een belang wordt beschermd door een mensenrecht extra onderstreept dat voor invoering of handhaving van een immuniteit die afbreuk doet aan dat belang overtuigende argumenten dienen te pleiten. Bovendien geldt genoemd bezwaar hoogstens voor de materiële mensenrechten (art. 5 EVRM (vrijheid) en art. 8 (privacy) bijvoorbeeld), maar niet voor de procedureel georiënteerde mensenrechten (art. 6 EVRM (eerlijk proces) en art. 13 EVRM (effectieve remedie)). Rechters zouden vaker gewicht kunnen toekennen aan de vraag of een bepaalde partij *daadwerkelijk* in de gelegenheid is geweest om zijn rechten uit te oefenen. Aan dit gezichtspunt is terecht gewicht toegekend

226. HR 29 juni 2012, NJ 2012, 410.

227. Vgl. Hartlief 2011, p. 25-28.

228. Smits 2003.

inzake verjaringskwesities²²⁹, maar ook dat zou structureler kunnen gebeuren. Dit gezichtspunt zou expliciet aandacht verdienen om onbillijkheden als gevolg van de leer van de formele rechtskracht te vermijden. Met dit gezichtspunt begeven we ons op het vlak van de rechtsdwaling.²³⁰ Mensen hebben vaak wel de mogelijkheid om juridisch actie te ondernemen, maar doen dat niet omdat zij zich niet bewust zijn van de gevolgen van passiviteit. Vooral natuurlijke personen die geen bijzondere deskundigheid hebben, kunnen zichzelf zo in de vingers snijden.²³¹ Dit derde gezichtspunt dient daarom gecombineerd te worden met het vierde gezichtspunt van de bescherming van zwakke partijen (hoedanigheid van partijen).

Bovenstaande gezichtspunten (met name de aard van de gedraging, de aard en ernst van de schade en de bescherming van zwakke partijen), zijn allerminst nieuw. Wat nieuw zou zijn, is het daaraan toekennen van groot, ja zelfs doorslaggevend, gewicht. De Hoge Raad zou zo sturing kunnen geven aan de rechtsontwikkeling. Dat past bij zijn functie en verschaft meer duidelijkheid aan lagere rechters en partijen. Een bijkomend voordeel is dat op die wijze een aantal thans bestaande innerlijke tegenstrijdigheden – binnen de grenzen van hetgeen qua rechtsvorming mogelijk is – van hun scherpste kanten ontdaan worden.

Een eerste mogelijke tegenwerping is dat dit voorstel benadeelden niet verder helpt. Procedures worden alleen maar ingewikkelder, zullen daardoor langer duren en meer geld kosten. Dit is niet alleen financieel maar ook emotioneel belastend voor met name natuurlijke personen. Zolang de procedure loopt, kunnen zij de gebeurtenis waarbij zij schade hebben geleden, immers niet afsluiten. Bovendien zal in geval van opzet de aansprakelijkheidsverzekering van de veroorzaker geen dekking verlenen zodat de benadeelde waarschijnlijk uiteindelijk toch met lege handen achter blijft.

Het antwoord daarop is dat dit allemaal misschien waar is, maar dat het paternalistisch zou zijn om mensen op voorhand de toegang tot de rechter en het materiële recht te ontfangen. Mensen worden niet alleen door rationele economische motieven gedreven. Als voorbeeld kan het arrest dienen van de ouders die een verklaring van recht wilden hebben dat hun kind

229. IIR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112, m.nt. C.E. du Perron (Saelman).

230. Vgl. Hijma 2009, Art. 228, aant. 203 die opmerkt dat noch in het strafrecht noch in het burgerlijk recht wordt vastgehouden aan de fictie dat iedere burger geacht wordt de wet te kennen omdat dit te zeer op gespannen voet zou staan met de maatschappelijke werkelijkheid. Borgers 2011, par. 7.3 oordeelt dat de lat voor rechtsdwaling in het strafrecht te hoog ligt.

231. Vgl. in relatie tot termijnen over de wenselijkheid van een waarschuwingsplicht Verheij 2012.

door een fout van een ander was verdronken.²³² Zij wilden geen geld, maar een verklaring voor recht en hadden het er kennelijk voor over om hierover tot en met de Hoge Raad door te procederen. Het is de vraag of dat goed is geweest voor hun rouwverwerking, maar er is geen reden om hen de bevoegdheid te ontzeggen om zo'n vordering in te stellen. Het is een open deur om te stellen dat mensen niet rationeel zijn en dat de *homo economicus* niet bestaat. Gevoelens en moraal zijn van belang voor mensen en het burgerlijk recht zou vervreemden van de maatschappelijke werkelijkheid ('ontvermaatschappelijken' om het lelijk te zeggen) als het daarvoor geen enkel oog zou hebben.

Een tweede mogelijke tegenwerping behelst in essentie hetzelfde, maar bevindt zich op een hoger abstractieniveau. Zij luidt dat nuancering aan de hand van gezichtspunten de hanteerbaarheid van het privaatrecht niet ten goede komt. De hier besproken afwijkingen van de normale regels trekken soms harde grenzen, maar dat is de prijs die we moeten betalen voor rechtszekerheid en hanteerbaarheid.

Hierop valt het volgende te antwoorden. Het eeuwige debat tussen rechtszekerheid en hanteerbaarheid enerzijds en billijkheid ('Einzelfallgerechtigkeit') anderzijds zal nooit beslist worden. Het zijn allebei aspecten van rechtvaardigheid en in zoverre vormen ze twee kanten van dezelfde medaille. In relatie tot de hier besproken uitzonderingen valt op dat een in aanvang eenvoudige regel soms 'ontspoort' en daarmee onhanteerbaar wordt. De leer van de formele rechtskracht en het limitatieve stelsel van art. 6:107-108 BW zijn hier duidelijke voorbeelden van. De reden voor een dergelijk proces is waarschijnlijk te vinden in de combinatie van ongenueanceerdheid en grote gevolgen voor betrokkene. Dit noopt tot verdere nuancering en dit proces gaat net zo lang door totdat de regel alleen nog maar voor ingewijden begrijpelijk is. Kort gezegd: een heldere regel die als onbillijk wordt gepercipieerd neigt tot onhanteerbaarheid.²³³ Privaatrecht dat niet aansluit bij de maatschappelijke moraal schiet aldus zijn doel voorbij. Dat impliceert geen verwijt aan de wetgever (harde regels komen eigenlijk altijd van de wetgever). De moraal kan zich immers wijzigen en zoiets valt niet op voorhand te voorzien. Als echter duidelijk wordt dat de regel niet meer voldoet, zou de wetgever vervolgens wel moeten ingrijpen. Ten aanzien van art. 6:107-108 BW is dat tot op heden spectaculair mislukt.

232. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Jeffrey). Over de afwijzing van de Hoge Raad is de nodige discussie ontstaan, zie vooral Van Maanen 1999/2, p. 47-49.

233. En soms ook tot 'rechterlijke ongehoorzaamheid' zie daarover (kritisch) Rijnhout & Giesen 2011, p. 35-37.

5.4.3 Tocpassing gezichtspunten: heroverweging van enkele arresten

In deze paragraaf volgt – bij wijze van illustratie – een verkenning van de mogelijke gevolgen van het meer gewicht toekennen aan de in de vorige paragraaf genoemde gezichtspunten.²³⁴ In de volgende paragraaf volgt een aantal meer algemene aanbevelingen.

1) HR 23 januari 1987, NJ 1987, 555, m.nt. G (Eillert/De Groot)

De Groot slaat met behulp van anderen de muur van de slaapkamer van Eillert gedeeltelijk weg omdat hij meende dat deze op de verkeerde plaats stond. Eillert zag zich vervolgens genoodzaakt om zijn intrek te nemen in pension 'Hunebed' dat ondanks de wervende naam niet heel gezellig bleek; de omstandigheden waren er miserabel.²³⁵ De vordering van Eillert tot vergoeding van immateriële schade werd afgewezen. De reden hiervoor moet gedeeltelijk worden gezocht in het feit dat hij smartengeld vorderde voor de situatie in pension Hunebed en niet voor het feitelijk binnendringen in zijn woning. In drie instanties oordeelde rechter dat het causaal verband (in de zin van thans art. 6:98 BW) tussen de gedraging van De Groot en het ongemak in pension Hunebed ontbrak.

Aangezien één van de in het kader van art. 6:98 BW te wegen gezichtspunten de aard en ernst van de normschending is, zou toerekening sterk voor de hand liggen. Het is echter de vraag of het ongemak voor vergoeding in aanmerking komt. Voor vergoeding van immateriële schade geldt in gevallen als deze namelijk een verhoogde drempel, te weten aanwezigheid van psychisch letsel.²³⁶ Het bruut feitelijk binnendringen (dat overigens een schending van de privacy (art. 8 EVRM vormt²³⁷) en de ernst van de normschending zijn echter voldoende rechtvaardiging voor de toekenning van smartengeld in gevallen als deze, ook los van de toestand in het pension.

Meer in het algemeen zou gewicht toekennen aan de aard van de normschending in gevallen van opzettelijke hinder door stank- of geluidsoverlast ervoor pleiten om smartengeld toe te kennen en de schade niet op te vatten als vermogensschade bestaande uit waardevermindering van de

234. Dit geeft perspectief op andere accenten in de rechtsontwikkeling die verder gaan dan het onderwerp van dit preadvies, maar dat blijft hier buiten beschouwing.

235. Kleine behuizing en aanwezigheid van circa 30 personen met grote sociale problemen als drankgebruik en mishandeling.

236. Het betreft een immunitet als bedoeld in paragraaf 2.5.

237. Vgl. de uitspraken van het EHRM waarin hinder een inbreuk op art. 8 EVRM vormde: EHRM 19 februari 1998, NJ 1999, 690, m.nt. FJD (Guerra/Italië) en EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506, m.nt. EJD (López Ostra/Spanje).

woning.²³⁸ Eenzelfde lijn zou ook gevolgd kunnen worden bij opzettelijke mishandeling die blijvend en ernstig letsel tot gevolg heeft. In *baby Joost* wees de Hoge Raad de vordering tot vergoeding van immateriële schade van de ouders van een ten gevolge van een medische fout ernstig en blijvend gehandicapt kind af²³⁹, maar wat als het letsel opzettelijk is toegebracht en de dader strafrechtelijk is veroordeeld wegens mishandeling? De immateriële schade van gezinsleden valt conceptueel te onderscheiden van affectieschade aangezien de aanwezigheid van een permanent en ernstig gehandicapte gezinslid feitelijk belastend is en tot andere keuzes noopt.²⁴⁰ Zeker, zo worden de grenzen van het limitatieve karakter van art. 6:107 BW opgezocht, maar het doel van dat stelsel was toch niet om verhaal op criminelen te blokkeren?²⁴¹

2) HR 2 november 1990, NJ 1992, 83, m.nt. HJS (Kaiser/Interpolis)
Kaiser is eigenaar van een aantal gebouwen die bij Interpolis tegen brand zijn verzekerd. Als er schade ontstaat door brand weigert Interpolis uit te keren. Zij vernietigt de verzekeringsovereenkomst, omdat Kaiser een strafrechtelijk verleden zou hebben verzwegen (destijds art. 251 WvK, thans art. 7:928 BW). De rechter stelt Interpolis echter in het ongelijk. Kaiser vordert behalve de verschuldigde verzekeringspenningen vertragingsschade. Hij stelt dat hij door de late uitbetaling meer dan fl. 5000.000 aan vermogensschade heeft geleden. De Hoge Raad oordeelt dat Kaiser wegens het fixatiestelsel bij wijze van schadevergoeding slechts recht heeft op wettelijke rente zodat Kaiser minder dan 1% van de door hem gestelde schade vergoed krijgt.²⁴²

Als het inderdaad zo is dat een verzekerde aanzienlijke gevolgschade lijdt wanneer een verzekeraar weigert uit te keren, kan dat, in combinatie met de redenen van weigering grond opleveren om niet vast te houden aan het fixatiestelsel. Dit hangt samen met de hoedanigheid van de verzekerde.

238. Ook buiten opzettelijke hinder zijn daarvoor overigens goede argumenten aan te voeren. Onder andere dat een gezin bestaande uit vier personen evenveel vergoeding van vermogensschade zouden krijgen als een alleenstaande terwijl er meer personen zijn die hinder ondervinden, zie met verdere argumenten Verheij 2002, nr. 282 en Verheij 2005a, p. 160. In de literatuur is verder betoogd dat hinder vermogensschade vormt (zie met name Bloembergen 1965, nr. 56 en idem, 1982, nr. 28) respectievelijk dat gewone storingen geen persoonsaantasting opleveren (Lindenbergh 1998, p. 87-88 en 165). Genuanceerd Meijers in zijn annotatie onder HR 29 januari 1937, NJ 1937, 570.

239. HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, m.nt. ARB.

240. Verheij 2002, nr. 395 en Giesen 2003, p. 15-30.

241. Ierzijde zij opgemerkt dat bij verschillende bepalingen in het BW criminaliteitsbestrijding een motief is geweest, zie bijvoorbeeld art. 3:86 lid 3 BW, art. 3:86a BW en art. 3:86b BW.

242. Zie voor deze immuniteit paragraaf 2.5.

Een groot bedrijf met meerdere vestigingen zal eerder in staat zijn geld te lenen als de verzekeraar niet uitbetaalt, dan een klein bedrijf waarvan de enige vestiging door brand is verwoest zoals in *Kaiser/Interpolis* het geval lijkt. In dat soort situaties dient de beslissing van de verzekeraar om uitkering te weigeren, gebaseerd te zijn op grondig en zorgvuldig onderzoek.

3) HR 22 november, NJ 1998, 567, m.nt. CJHB (Bos/Althuisius)
Loodgieter Bos verricht in opdracht van Cees Althuisius loodgieterswerkzaamheden. Daartoe heeft hij een ladder nodig die hij leent van de vader van Cees, Althuisius sr., die de ladder gebruikt in het kader van zijn eenmanszaak. Aan de ladder kleefde een gebrek als gevolg van ondeugdelijke reparatie. Bos komt hierdoor ten val en raakt blijvend en ernstig arbeidsongeschikt. Bos spreekt de erfgenamen van de inmiddels overleden Althuisius sr. aan. Zijn vordering wordt afgewezen omdat het hier ging om bruikleen en art. 7A:1790 BW voor aansprakelijkheid van de uitlener vereist dat deze op de hoogte was van het gebrek maar de inlener daarvan niet op de hoogte heeft gesteld. Daarvan was hier geen sprake. Art. 7A:1790 BW heeft volgens de Hoge Raad tot gevolg dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad niet verder gaat dan uit dit artikel voortvloeit. Wel kunnen de omstandigheden van het geval meebrengen dat een beroep op art. 7A:1790 BW door de uitlener naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is wanneer een gebrek een bijzonder gevaar voor personen meebrengt.

Art. 7A:1790 BW is een voorbeeld van een immuniteit als bedoeld in paragraaf 2.3, er geldt immers een verhoogde drempel voor aansprakelijkheid. In deze zaak is niet gelukkig geprocedeerd.²⁴³ Meer in het algemeen en los van deze concrete procedure is verdedigbaar om art. 7A:1790 BW stringent te interpreteren in geval van personenschade als de uitlener een professionele partij is en de inlener een natuurlijk persoon niet handelend in de uitoefening van een beroep of bedrijf is.²⁴⁴ In gevallen als deze zou dus meer gewicht kunnen worden toegekend aan de gezichtspunten aard en ernst van de schade en hoedanigheid van partijen.

4) HR 9 mei 2003, NJ 2005, 168, m.nt. W.D.H. Asser (Beliën/Provincie Noord-Brabant)
Beliën en de Provincie Noord-Brabant (hierna: de Provincie) sluiten in 1979 een ruilovereenkomst met betrekking tot een stuk grond omdat de gemeen-

243. Zo werd bijvoorbeeld pas in cassatie gesteld dat de onoordeelkundige reparatie van de ladder in het bedrijf van Althuisius sr. had plaats gevonden.

244. Zie over de relevantie van het aspect belang van de uitlener, met verwijzingen, Brunner in zijn NJ-annotatie.

te een fietspad wilde aanleggen over de grond van Beliën. Omdat Beliën niets kan met het stuk grond dat hij aldus verkrijgt, wordt een tweede overeenkomst gesloten die voor de eerste in de plaats komt. Voor een rechtsgeldige overeenkomst is toestemming van Gedeputeerde Staten vereist. Door eigenmachtig optreden van de chef van de ambtenaar met wie Beliën de overeenkomsten had gesloten, wordt niet de tweede, maar de eerste overeenkomst ter goedkeuring aan Gedeputeerde Staten voorgelegd en goedgekeurd. Er ontstaat een conflict. De Provincie eist nakoming van de eerste overeenkomst, Beliën vordert nakoming van de tweede overeenkomst. Het conflict sleept zich voort tot de tweede uitspraak van de Hoge Raad in 2003.²⁴⁵ In de loop daarvan blijkt dat de Provincie bedrog heeft gepleegd. In cassatie vordert Beliën voor zover hier van belang vergoeding van immateriële schade. De Hoge Raad overweegt kort gezegd dat gedrag van een partij tijdens een zakelijk geschil recht kan geven op vergoeding van immateriële schade indien sprake is van naar objectieve maatstaven vast te stellen psychisch letsel.

Het vereiste van naar objectieve maatstaven vast te stellen psychisch letsel vormt een immuniteit als bedoeld in paragraaf 2.5. Alleen ernstige schade wordt immers vergoed, invoelbare frustratie en verdriet wegens een jarenlang lopend conflict en wegens de kwade trouw van de wederpartij niet. Meer gewicht toekennen aan de gezichtspunten aard van de gedraging en hoedanigheid van partijen (overheid jegens kleine professionele partij) had aanleiding kunnen vormen om smartengeld toe te kennen bij afwezigheid van psychisch letsel. Deze procedure -- die annotator Asser betitelt als een 'horror story' -- is zo uitzonderlijk dat niet gevreesd had hoeven worden voor onwenselijke precedentwerking.

5) HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391, m.nt. JBMV (Oudejaarsrellen Groningen)

In de nacht van 30 op 31 december 1997 heeft een groep jongeren van circa 65 personen de woning van X en zijn echtgenote Y die daarin aanwezig waren, tot drie maal toe aangevallen, omstreeks 21.50 uur, 22.30 uur en 24.00 uur. De derde aanval werd, zo valt in de conclusie van A-G Hartkamp (sub 1) te lezen, 'met behulp van buurtbewoners' afgeslagen. X heeft vanaf 21.50 uur tenminste vijf maal met de politie gebeld en om hulp verzocht. De Mobiele Eenheid arriveerde pas om 2.30 uur. De Hoge Raad achtte, evenals de rechtbank, de gemeente Groningen aansprakelijk voor het niet-optreden van de politie.²⁴⁶ De rechtbank had niet alleen X en Y,

245. De eerste uitspraak was HR 24 maart 1995, NJ 1997, 569.

246. De rechtbank had ook de Politieregio Groningen hoofdelijk aansprakelijk geoordeeld, maar alleen de gemeente Groningen was in (sprong)cassatie gegaan.

maar ook hun zoon Z smartengeld toegekend, terwijl Z anders dan zijn ouders ten tijde van de ongeregeldeheden niet in de woning aanwezig was. De Hoge Raad casseert op dit punt, overwegende (rov. 3.11) dat het weliswaar vanzelfsprekend is dat Z zich grote zorgen heeft gemaakt om zijn ouders, maar dat hij zich zelf niet in een bedreigende situatie heeft bevonden. Van een persoonsaantasting is uit dien hoofde geen sprake. Ook het enkele feit dat iemands woning is belaagd, is daarvoor niet voldoende. Enkele angst voor de fysieke integriteit van een ander geeft derhalve geen recht op vergoeding van immateriële schade.

Ook hier betreft het weer een immuniteit als bedoeld in paragraaf 2.5. De vraag is of de uitspraak overcind blijft in de hier voorgestelde benadering. Die vraag is met name prangend in gevallen waarin de primaire dader wordt aangesproken en niet, zoals in dit arrest, de overheid wegens nalatigheid. Deze vraag kan zich bijvoorbeeld voordoen bij kinderontvoering tussen voormalige partners. Zo kende de rechtbank Zwolle een moeder €26.000 aan smartengeld toe wegens ontvoering van haar kinderen (van 1,5 en 3 jaar oud) door haar ex gedurende meer dan een jaar.²⁴⁷ Dit is in strijd met het arrest *Oudejaarsrellen Groningen*. Zorgen om het welbevinden van een ander kwalificeren immers niet als persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW. Tegelijkertijd is zonder meer invoelbaar dat een ouder zich in geval van kinderontvoering vreselijke zorgen maakt. In gevallen als deze kunnen de ernst van de normschending (aard van de gedraging) in combinatie met de aannemelijke ernstige emotionele gevolgen voor de andere ouder en art. 8 EVRM, voldoende zijn om de toekenning van smartengeld te dragen ook bij afwezigheid van psychisch letsel.

6) HR 9 oktober 2009, NJ 2010, 387, m.nt. JBMV (Vilt)

Diana, Michaël en Leo (variërend in leeftijd van 18 tot 20 jaar) reden in maart 2001 kort na 23.00 uur te Vilt naar huis. Na een vermeende aanrijding met G. sommeerde G. het drietal hem te volgen naar een woonwagencamp om de schade te regelen. Toen het drietal bij een afslag niet meer volgde, ontstond een wilde achtervolging waarbij het drietal uiteindelijk om kwam. G. is strafrechtelijk veroordeeld wegens onder meer medepleging van doodslag. De vordering van de nabestaanden van de slachtoffers jegens de WAM-verzekeraar van G., Winterhur, tot vergoeding van shockschade wordt door de Hoge Raad afgewezen omdat niet aan het in het

247. Rb Zwolle 6 februari 2002, LJN: AE1650. De man was wegens overtreding van art. 279 Sr (opzettelijke onttrekking minderjarige aan gezag) strafrechtelijk veroordeeld tot 24 maanden gevangenisstraf waarvan 8 maanden voorwaardelijk. In hoger beroep werd het smartengeld overigens verlaagd tot €5.000 omdat psychisch letsel volgens het hof niet was komen vast te staan, zie Hof Arnhem 22 maart 2005, LJN: AT2244.

Taxibus-arrest geformuleerde confrontatie-vereiste is voldaan.²⁴⁸ Voor versoepeling van dit vereiste biedt het limitatief wettelijk stelsel van art. 6:108 BW volgens de Hoge Raad geen ruimte (rov. 3.4 en 3.5).²⁴⁹

Toekenning van meer gewicht aan de mate van verwijtbaarheid in combinatie met art. 8 EVRM en het ernstige verdriet van de nabestaanden zou in gevallen als deze aanleiding kunnen vormen om het confrontatievereiste soepel toe te passen.²⁵⁰ Een gegeven dat eventueel rechtszekerheid kan bieden in gevallen als deze is de vraag of de veroorzaker van de schade strafrechtelijk is veroordeeld voor het plegen van een misdrijf.

Bovenstaande opsomming is niet limitatief bedoeld. Gepoogd is slechts te laten zien dat serieus gewicht toekennen aan genoemde gezichtspunten leidt tot nuancering van in dit preadvies behandelde (art. 6:107-108 BW, het fixatiestelsel bij wettelijke rente) of niet behandelde immuniteiten (psychisch letsel, art. 7A:1790 BW).

Opmerking verdient daarbij dat consequenties verbinden aan de mate van verwijtbaarheid beter niet als 'verstraffing' van het privaatrecht kan worden aangeduid.²⁵¹ Die term zou namelijk de suggestie kunnen wekken dat het privaatrecht, net als het strafrecht, doelen als speciale en generale preventie gaat nastreven. Daarvan is geen sprake. Gewicht toekennen aan de ernst van de normschending dient niet per se een instrumenteel doel. Het gaat er niet om of mensen worden afgeschrikt, het is eenvoudig een eis van rechtvaardigheid.

5.4.4 Algemene aanbevelingen

Los van bovenstaande uitspraken zou de Hoge Raad zich ook anders kunnen opstellen wanneer de wetgever inactief blijft. Ik stip enkele mogelijkheden aan.

In de eerste plaats kan de Hoge Raad rechtsgelijkheid serieuzer nemen en ongemotiveerde rechtsongelijkheid zoveel mogelijk trachten te beëindigen. In dat kader kan de Hoge Raad verschillende limieten in het vervoerrecht

248. HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, m.nt. JBMV.

249. Zie over de immuniteit van art. 6:108 BW hiervoor paragraaf 2.5.

250. Dit is overigens door verschillende auteurs betoogd, zie onder meer Lindenberg 2008b, p. 598-599 en Hartlief 2009b, p. 1710 en idem 2012b, p. 313. Vranken toont in zijn NJ-annotatie wel begrip voor de keuze van de Hoge Raad, maar is van oordeel dat het op een gegeven moment niet meer overtuigend zal zijn om de boot af te houden uit vrees de wetgever voor de voeten te lopen.

251. Zie voor die term Hartlief 2012b, p. 313.

indexeren. Daarmee wordt, naar men mag aannemen, niet ernstig afbreuk gedaan aan de wil van de wetgever. Deze is immers akkoord gegaan met een limiet die een bepaalde koopkracht vertegenwoordigt. Als die nu door inflatie afneemt, en de rechter corrigeert dat door indexering, doet hij recht aan de wil van de wetgever.²⁵²

In de tweede plaats kan de Hoge Raad duidelijke vingervijzingen geven ter bepaling van de hoogte van smartengeld bij ernstige normschendingen. Dit ter onderstreping van het gewicht dat toekomt aan de verwijtbaarheid van de onrechtmatige gedraging. Dit gewicht kan niet alleen bij de vestiging van de aansprakelijkheid, maar ook bij de hoogte van de schadevergoeding een rol spelen. Een (per definitie arbitraire) suggestie ter bepaling van de gedachten:

- twee maal de normale hoogte van smartengeld bij grove schuld (bijvoorbeeld dronken achter het stuur zitten),
- drie maal de normale hoogte bij opzet, en
- vier maal de normale hoogte bij oogmerk (opzet op het gevolg).

Dit zijn slechts algemene richtlijnen waarop verdere nuancering mogelijk is afhankelijk van de aard van de gebeurtenis en de vermoedelijke – aan de hand van algemene ervaringsregels te bepalen – emotionele impact voor het slachtoffer.

Tegengeworpen kan worden dat de wetgever en niet de Hoge Raad dergelijke beslissingen van algemene strekking dient te nemen, maar als geaccepteerd is dat de Hoge Raad 50% en 100%-regels bij eigen schuld formuleert, valt niet in te zien waarom hij bovenstaande richtlijnen niet zou mogen geven. Als de wetgever het hier niet mee eens is, kan hij met wetgeving komen. Bij aarzeling of hij zijn rechtsvormende taak niet te buiten gaat, zou de Hoge Raad ook kunnen kiezen voor *prospective overruling*. De wetgever heeft dan nog de gelegenheid om de wet te wijzigen.²⁵³

5.5 *Besluit*

Uit dit onderzoek komt naar voren dat voor uitzonderingen op de normale regels van aansprakelijkheid niet gemakkelijk argumenten vallen aan te dragen. De waarde van instrumentele argumenten is bij gebrek aan empirische gegevens vaak beperkt zodat een principiële notie als de rechtsgeelijkheid als toetsingscriterium meer houvast geeft. Zowel de wetgever als

252. Anders Hartlief 2003a, p. 589, Emaus en Giesen 2007, p. 374 en Lindenbergh 2007, noot 53.

253. Vgl. Vranken die in zijn NJ-annotatie bij *Vilt* suggereert dat de Hoge Raad de wetgever peremptoir stelt.

de Hoge Raad zouden meer kunnen doen om de rechtsgelijkheid zoveel mogelijk te waarborgen.

De wetgever zou dit belang zwaarder dienen te laten wegen en daarvan pas moeten afwijken indien daarvoor klemmende redenen zijn. Dit impliceert dat meer empirisch onderzoek aanbeveling verdient hetgeen vanzelfsprekend ook betekent dat de resultaten daarvan serieuze weging verdienen bij de besluitvorming. Vervolgens dient zoveel mogelijk te worden geëvalueerd of de met een regel beoogde doelstellingen zijn bereikt.

De Hoge Raad zou de rechtsgelijkheid eveneens kunnen bevorderen door meer gewicht toe te kennen aan bepaalde op zich bekende gezichtspunten (de aard van de gedraging (mate van verwijtbaarheid), de hoedanigheid van partijen, de aard en de ernst van de schade en mensenrechten) en door in voorkomende gevallen algemene(re) richtlijnen te formuleren (door indexering van wettelijke limieten en ter bepaling van de hoogte van smartengeld). Deze actieve opstelling vergroot de rechtszekerheid en kan mogelijk een bijdrage leveren aan het vertrouwen van burgers in het burgerlijk recht in het algemeen en in de burgerlijke rechter in het bijzonder.²⁵⁴

Literatuur

Akkermans e.a. 2008

A.J. Akkermans, J.F. Hulst, E.A.M. Claassen, A. Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees & D.J. Bruinvels, *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel II. Affectieschade*. Den Haag: WODC 2008.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I*, 2012

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte door Mr. A.S. Hartkamp en Mr.dr. C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV*, 2011

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet door Mr. A.S. Hartkamp en Mr.dr. C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2011.

254. Hoewel dat pas na evaluatie zal kunnen blijken.

Asser/Hijma 5-I, 2007

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Koop en ruil* door Mr. Jac. Hijma, Deventer: Kluwer 2007.

Asser/Vranken 1995

Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. *Algemeen Deel* door Mr. J.B.M. Vranken, Tjencn Willink; Zwolle 1995.

Assink 2011

B.F. Assink, *Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Barkhuysen en Van Emmerik 2005

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief*, Deventer: Kluwer 2005.

Bierbooms 1997

P.F.A. Bierbooms, *Privaatrechtelijke kostenverhaal door de overheid* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997.

Bloembergen 1965

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1965.

Bloembergen 1982

A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 1982.

Van Bogaert 2005

V. van Bogaert, *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid in civiel- en staatsrechtelijk perspectief* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2005.

Bollen en Hartlief 2009

C. Bollen en T. Hartlief, 'De klachtplicht van de teleurgestelde contractant. Een laatste alles of niet-bolwerk ontmanteld', *NJB* 2009, p. 2806-2812.

Van Boom 2003a

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

Van Boom, 2003b

W.H. van Boom, 'Weg met de limieten bij letsel', *AV&S* 2003, p. 105.

Van Boom, Giesen en Verheij 2008

W. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Gedrag en Privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leestukken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

Van Boom, Jansen en Linssen 1997

W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen, *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

Borgers 2011

M.J. Borgers, *De communicatieve strafrechtrechter*, *Preadvies NJV*, Deventer: Kluwer 2011.

Van den Brink 2002

V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

Brunner 1973

C.J.H. Brunner, *Aansprakelijkheid naar draagkracht* (oratie RUG), Deventer: Kluwer 1973.

Busch 2011

D. Busch, *Naar een beperkte aansprakelijkheid van financiële toezichthouders?* (oratie Nijmegen), *Serie Onderneming en Recht* deel 61, Deventer: Kluwer 2011.

Calabresi 1971

G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven: Yale University Press 1971.

Van Dam 1994

C.C. van Dam, *Politieke infiltratie in het privaatrecht. Beleidsmatige wetgeving in het privaatrecht*, Deventer: Law & Practice Publishers 1994.

Van Dam 1997

C.C. van Dam, 'Het wetsvoorstel verkeersongevallen', is verschenen in *VR* 1997, 353-358.

Van Dam 2000

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Van Dam 2002a

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving', in: J.M. Barendrecht (e.a.), *Kring van aansprakelijkheid bij massaschade*, Vermande: Lelystad 2002, p. 37-60.

Van Dam 2002b

C.C. van Dam, 'Aansprakelijkheid van de overheid wegens onvoldoende toezicht en handhaving', in: Arno Akkermans en Edward Brans (red.), *Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 103-123

Van Dam 2006a

C.C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006.

Van Dam 2006b

C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders, Deel I (Algemeen Rapport) en Deel II (Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaat handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid)*, Londen: British Institute of International and Comparative Law 2006.

Duyvensz 2003

J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exonerationclausule* (diss. UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Emaus en Giesen 2007

P.B. Emaus en I. Giesen, 'Limitering van aansprakelijkheid in het personenvervoer in het licht van artikel 1 Eerste Protocol EVRM', *VR* 2007, p. 369-375.

Engelhard, Giesen, Mahé, Schaub 2009

E.F.D. Engelhard, I. Giesen, C.B.P. Mahé, M.Y. Schaub, *Handhaving van en door het privaatrecht. Vijftien bijdragen over handhaving van het privaatrecht en privaatrechtelijke handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Engelhard 2010

E.F.D. Engelhard, 'Over het hek van de dam bij 'derdenschade'', *Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Faure 2009

M.G. Faure, *The impact of behavioral law and economics on accident law (oratie Rotterdam)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Faure en Hartlief 2002

M.G. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico's en vragen van verzekerbare schade*, Deventer: Kluwer 2002.

Faure en Verheij 2007

M. Faure en Verheij (eds.), *Shifts in Compensation for Environmental Damage*, WienNewYork: Springer 2007.

Faure/Wang 2008

M. Faure/H. Wang, 'Financial caps on pollution damage: A historical mistake?' *Marine Policy* 32 (2008), p. 592-606.

Frenk 2006

N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekerbare schade', *AV&S* 2006, p. 108-117.

Giesen 2003

I. Giesen, 'Baby Joost (HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, nt. ARB)', in: J.B.M. Vranken en I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten. Verslag van een experiment*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 15-30.

Giesen 2005a

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Recht en Praktijk nr. 132, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen 2005b

I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

De Groot 2011

G. de Groot, 'Aansprakelijkheid van deskundigen: regulier beroepsrisico of chilling factor?', *NTBR* 2011/58.

Guthrie, Rachlinsky, Wistrich 2000-2001

C. Guthrie, J.J. Rachlinsky, A.J. Wistrich, 'Inside the Judicial Mind', 86 *Cornell Law Review* 2000-2001, p. 777-830.

Haak 2005

K.F. Haak, *De exceptie van de redelijkheid en billijkheid in het personenvervoer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Haak 2009

K.F. Haak, 'Aanpassing aansprakelijkheidslimieten in het (openbaar) personenvervoer: van harmonisatie naar differentiatie', *NJB* 2009/120.

Haak 2012

K.F. Haak, 'Zijn passagiers ook mensen?', in: M.-C. Foblets, M. Hildebrandt, J. Steenbergen (red.), *Liber Amicorum René Foqué*, Gent/Den Haag: Larcier/Boom Juridische uitgevers 2012.

Harford 2008

T. Harford, *Waarom we doen wat we doen. De logica van ons gedrag*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Business Contact 2008.

Hartkamp 2010

A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Hartlief 1996

T. Hartlief, 'Verhaal van politiekosten', *AA* 1996, p. 102-113.

Hartlief 2003a

T. Hartlief, 'Kronieken aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2002-2003', *NTBR* 2003, p. 573-591.

Hartlief 2003b

T. Hartlief, 'Affectieschade: vergoeding of erkennen? De rol van het vermogensrecht bij het verwerken van het leed van naasten', *NTBR* 2003, p. 72-82.

Hartlief 2006

T. Hartlief, 'Wie heeft recht op vergoeding van personenschade?' *TVP* 2006, p. 98-104.

Hartlief 2009a

T. Hartlief in: J. Spier, T. Hartlief, G.F. van Maanen en R.D. Vriesendorp, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*. Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2009.

Hartlief 2009b

T. Hartlief, 'De schrik van het burgerlijk recht', *NJB* 2009, p. 1710.

Hartlief 2011, p. 25-28.

T. Hartlief, 'Gezichtspunten, vingerwijzingen en vuistregels. Kan dat anders?' *NTBR* 2011, p. 25-28.

Hartlief 2012a

T. Hartlief, 'De civilist en de civilologie. Hoe vergaat het de civilist bij het bcoefenen van deze nieuwe(?) tak van sport?', in: W. Van Boom en I. Giesen, *Civilologie: opstellen over empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 33-52.

Hartlief 2012b

T. Hartlief, 'Verstraffing van privaatrecht', *NJB* 2012, p. 313.

Hastie, Schkade, Payne 1999, p. 597-614

R. Hastie, D.A. Schkade, J.W. Payne, 'Juror Judgments in Civil Cases: Hindsight Effects on Judgments of Liability for Punitive Damages', 23 *Law and Human Behavior* 1999, p. 597-614..

Hijma 2009

J. Hijma, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Hoek 2011

A.A.H. van Hoek, 'Staatsimmunitet in het privaatrecht', *Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011.

Hondius 1978

E.H. Hondius, *Standaardvoorwaarden: rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraktsbdingen en overheidstoczicht daarop* (diss. Leiden): Deventer: Kluwer 1978.

Huizink 2010

J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2010.

Janssen 2008

J.F.M. Janssen, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter', *NJB* 2008, 963.

De Jong 2011

G.T. de Jong, C.J.H. Brunner, G.T. de Jong, H.B. Krans, M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*. Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011.

Kahneman 2011

D. Kahneman, *Ons feilbare denken*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Business Contact 2011.

Kamin/Rachlinsky 1995

K.A. Kamin, J.J. Rachlinski, 'Ex Post $\neq$ Ex Ante. 'Determining Liability in Hindsight'', 19 *Law and Human Behavior* 1995, p. 89-104.

Keirse 2011

A.L.M. Keirse, 'De EVRMering van het (letsel)schaderecht', *L&S* 2011/1, p. 5-8.

De Kezel, Van Dam, Giesen en Du Perron 2009

E. de Kezel, C.C. van Dam, I. Giesen en E. du Perron, *Financieel toezicht en aansprakelijkheid in internationaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid van de Nederlandse financiële toezichthouders gezien vanuit de internationale dimensie*, Amstelveen: deLex 2009.

Klaassen 1991

C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBWW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1991.

Klaassen 2000

C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie* (oratie Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 20, Deventer: Tjeenk Willink 2000.

Van Kogelenberg 2012

M. van Kogelenberg, *Motive matters!* (diss. Rotterdam), 2012.

Kortmann 1991

S.C.J.J. Kortmann, 'Onrechtmatige civiele rechtspraak', in: *Met hoofd en hart. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.C.M. Leijten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 269-285.

Kortmann 1993a

S.C.J.J. Kortmann, 'Wie betaalt de rekening? Enige rechtsvergelijkende kanttekeningen naar aanleiding van het Anca-arrest', *NJB* 1993, p. 921-926.

Kortmann 1993b

S.C.J.J. *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993.

Kortmann en Sieburgh 2009

J.S. Kortmann en C.H. Sieburgh, *Rechtshandhaving door privaatrecht, Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Krans 2004

H.B. Krans, 'Het arrest Köbler: aansprakelijkheid voor schending van EG-recht in rechterlijke uitspraken', *NJB* 2004, p. 571-576.

Kroeze 2005

M.J. Kroeze, *Bange bestuurders (oratie Rotterdam)*, Deventer: Kluwer 2005.

Langemeijer/Schrage 1994

G.E. Langemeijer/E.J.H. Schrage, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 1994.

Lindenbergh 1998

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998.

Lindenbergh 2004

Lindenbergh, 'De invloed van fundamentele rechten in het personenschaderecht', *TvVP* 2004, p. 110-114.

Lindenbergh 2007

S.D. Lindenbergh, 'Beperking van aansprakelijkheid bij personenschade van de reiziger, techniek en tendens', *AV&S* 2007/14.

Lindenbergh 2008a

S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*: Deventer: Kluwer 2008.

Lindenbergh 2008b

S.D. Lindenbergh, 'Moord en doodslag in het aansprakelijkheidsrecht', *AA* 2008, p. 598-599.

Lindenbergh 2010

S.D. Lindenbergh, 'Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood(?)', *NJB* 2010, 1210.

Van Maanen 1999/2, p. 47-49

G.E. van Maanen, 'Een arrest dat shockeert: HR 9 oktober 1998', *NTBR* 1999/2, p. 47-49.

Van Maanen 2004

G.E. van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te worden)', *NJB* 2004, p. 787-794.

Van Maanen 2005

G.E. van Maanen, Recensie van I. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden, *Recht en Praktijk* nr. 132, Deventer: Kluwer 2005, *NTBR* 2005, p. 415-418.

Van Maanen 2009

G.E. van Maanen, in: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2009.

Van Maanen 2011

G.E. van Maanen, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bed-show?', in: *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, *Preadvies 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2011.

Mak 2008

C. Mak, *Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2008.

Markesinis and Deakin 2008

S. Deakin, A. Johnston and B. Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, sixth ed., Oxford: Clarendon Press 2008.

Van Maanen en De Lange 2005

G.E. van Maanen en R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005.

Meijer 2007

R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007.

Meijer 2010

R. Meijer, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?' *MvV* 2010/2, p. 11-14.

Merton 1948, p. 193-210

R.K. Merton, 'The Self-Fulfilling Prophecy', 8 *The Antioch Review* 1948, p. 193-210.

Mitchell 2012 7:109-117

G. Mitchell, 'Revisiting Truth or Triviality: The External Validity of Research in the Psychological Laboratory', *Perspectives on Psychological Science* 2012 7:109-117.

Ploeger 2005

H.J. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het nationale perspectief*, Deventer: Kluwer 2005.

Plous 1993

S. Plous, *The psychology of judgment and decision making*, New York: McGraw-Hill 1993.

Raaijmakers 2010

J.H.P.M. Raaijmakers, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2010.

Rijken 1983

G.J. Rijken, *Exoneratieclausules. Een analyse van de omstandigheden van welke waardering het afhangt of een beroep op een exoneratieclausule vrijstaat*, Deventer: Kluwer 1983.

Rijnhout 2012

R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken. Een rechtsvergelijkende studie naar de artikelen 6:107 en 6:108 BW in relatie tot het onrechtmatige daadsrecht en schadevergoedingsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Rijnhout & Giesen 2011

R. Rijnhout & I. Giesen, 'Rechterlijke 'ongehoorzaamheid' en wetgevende zijpaden: gaat de wal het schip van de shock- en affectieschade keren?' *WPNR* 2011, p. 35-37.

Ronse 1956

J. Ronse, 'Aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van de dood van een ander naar Belgisch en Nederlands recht', *Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle: Tjeenk Willink 1956

Rossel 1992

H.J. Rossel, 'De invloed van de regeling inzake produktenaansprakelijkheid op de aansprakelijkheid ex art. 6:173 en art. 7:24 BW', in *WPNR* 1992, p. 535-541 (6057) en p. 573-577 (6058).

Scheltema 2009

M.W. Scheltema, 'Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?' *NTBR* 2009, p. 182-190.

Van Schilfgaarde 1986

P. van Schilfgaarde, *Misbruik van rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 1986.

Sieburgh 2007

C.H. Sieburgh, 'Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht Deel I*. Serie Onderneming en Recht deel 42-1, Deventer: Kluwer 2007, p. 465-540.

Smeehuizen 2009

J.L. Smeehuizen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009/44.

Smeehuijzen 2011

J.L. Smeehuizen, 'De toekomst van letselschadeafwikkeling', *NTBR* 2011/5.

Smets 1983

H. Smets, 'The oil spill risk: economic assessment and compensation limit', *Journal of Maritime Law and Commerce* 1983; 14:31-43.

Smits 2003

J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', *Preadvies Ned. Ver. V. Rechtsvergelijking* nr. 64, Deventer: Kluwer 2003.

Snijders 1981

G.M.F. Snijders, 'De Toekomst van het garantiebewijs. Proeve van een sectierapport', *NJB* 1981, p. 43-47.

Snijders 1992

H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (afscheidsrede Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint; Deventer: Kluwer; Zwolle: Tjeenk Willink 1992.

Spier 1996

A.T. Bolt en J. Spier, 'De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad', *Procadvice Nederlandse Juristenvereniging*, Deventer: Kluwer 1996.

Spier 2009

J. Spier, in: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 5, Deventer: Kluwer 2009.

Spier, Hartlief, Van Maanen, Vriesendorp 2009

J. Spier, in: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbindenissen uit de wet en schadevergoeding*, Studiereeks Burgerlijk Recht nr. 5, Deventer: Kluwer 2009.

Stolker 1989

C.J.J. M. Stolker, *Van arts naar advocaat. Aansprakelijkheid voor medische fouten in Amerika. Een les voor Nederland?*, Deventer/Utrecht: Kluwer/Bohn, Scheltema & Holkema 1989.

Sunstein 2005

C.R. Sunstein, *Laws of Fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge: Cambridge University Press 2005.

Ten Velden en De Dreu 2012

F.S. ten Velden en C.K.W. de Dreu, 'Groups as motivated information processors: implications for decision making among judges; , in: R.W.M. Giard, *Judicial decision making in civil law. Determinants, dynamics and delusions. Civilologie/Civilology*, Den Haag: eleven international publishing (imprint of Boom Juridische uitgevers) 2012.

Tiemeijer, Thomas & Prast 2009

W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (eds.), *De Menselijke Beslissers: Over de Psychologie van Keuze en Gedrag*. Amsterdam: Amsterdam University Press 2009.

Tiemeijer 2011

W.L. Tiemeijer, *Hoe mensen keuzes maken. De psychologie van het beslissen*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2011.

Van Tiggele-van der Velde 2010

N. van Tiggele-van der Velde, *AV&S* 2010, p. 87-96.

Van Tilburg 2012

F.A. van Tilburg, *Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare orde-beleid: empirisch onderzoek naar de invloed van civiele aansprakelijkheid op het beleid van de burgemeester en politie als handhavers van de openbare orde*, (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2012.

Tjepkema 2010

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen*, Deventer: Kluwer 1994.

De Valk 2009

S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend. Naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2009.

Valkhoff 1949

J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling*, Amsterdam: De Arbeiderspers 1949.

Verheij 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Verheij 2003

A.J. Verheij, 'Tilburgse toekomstperspectieven over taak en plaats van de Hoge Raad', *WPNR* (6558) 2003, p. 917-926.

Verheij 2005a

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005.

Verheij 2005b

A.J. Verheij, 'Onevenwichtig schadevergoedingsrecht m.b.t. de positie van derden', *VR* 2005, p. 205-2011.

Verheij 2007

A.J. Verheij, Shifts in Governance: Oil Pollution, in: Michael Faure and Albert Verheij (eds.), *Shifts in Compensation for Environmental Damage, Tort and Insurance Law* Vol. 21, SpringerWienNewYork 2007, p. 133-195.

Verheij 2011

A.J. Verheij, *Waarschuwen voor termijnen. Pleidooi voor een informatieplicht met betrekking tot verjarings- en vervalttermijnen* (oratie RUG), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Visscher 2006

L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatigheidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

De Vries 1990

F. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1990.

Wang 2011

H. Wang, *Civil Liability for Marine Oil Pollution Damage. A comparative en economic study of the international, US and the Chinese compensation regime* (diss. Rotterdam), Kluwer Law International 2011.

Wendt 2009

J.A.I. Wendt, 'De fixatie van vertragings schade op wettelijke rente; een kritiek', *WPNR* 2009 (6810), p. 713-718.

Wertheim 1930

W.F. Wertheim, *Aansprakelijkheid voor schade buiten overeenkomst* (diss. Leiden), Leiden: Eduard Ydo 1930.

Weterings 2010

W.C.T. Weterings, 'De aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen in de (verzekerings)praktijk', *Het Verzekeringsarchief* 2010/4, p. 161-171.

Wezeman 1998

J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

Wilburg 1941

W. Wilburg, *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg a.d. Lahn 1941.

Wilburg 1950

W. Wilburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, rede Graz 1950.

Wilburg 1963/1964

W. Wilburg, 'Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts', *AcP* 1963/1964, p. 346-379.

Wilson 2002

T.D. Wilson, *Strangers to ourselves. Discovering the adaptive unconscious*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press 2002.

Wissink 2004/29

M.H. Wissink, 'Een herkansing voor doorzetters? Formele rechtskracht en aansprakelijkheid voor besluiten in strijd met het EG-recht', *AV&S* 2004/29.

Immunititeit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?

E. van Sliedregt*

Inhoudsopgave

1	Inleiding	145
2	Begripsvorming en afbakening	145
2.1	Immunititeit	145
2.2	Een langlopend debat	147
2.3	Vraagstelling en opbouw	148
3	Daderschap en (on)vervolgbaarheid	149
3.1	Art. 51 Sr	149
3.2	(On)vervolgbaarheid	150
3.3	Feitelijk leidinggeven en -opdrachtgeven	154
4	De situatie post-Pikmeer II	156
4.1	Milicudelicten en onvervolgbare overheden	158
4.2	Falend overheidsoptreden	160
4.2.1	<i>Enschedeese vuurwerkramp</i>	160
4.2.2	<i>Schipholbrand</i>	161
4.3	Concluderend	163
5	Immunititeit Straatsburg- en Luxemburg-proof?	163
5.1	EVRM: positieve verplichtingen	164
5.1.1	<i>Strafbaarstelling</i>	164
5.1.2	<i>Onderzoeksplicht</i>	169
5.1.3	<i>Art. 3 EVRM en de Schipholbrand</i>	171
5.2	EU	174
5.3	Rechtsvergelijkende reflectie	175
5.4	Concluderend	177

* Hoogleraar strafrecht, i.h.b. internationaal strafrecht, Vrije Universiteit Amsterdam. Graag zeg ik dank aan degenen die commentaar hebben geleverd op eerdere versies van dit preadvies: Matthias Borgers, Klaas Rozemond, mijn collega-preadviseurs en de leden van de NJV voorbereidingscommissie. Het onderzoek is afgesloten op 1 januari 2013.

6	Immunititeit in volkenrechtelijk perspectief	177
6.1	Volkenrechtelijke immunititeit	178
6.1.1	<i>Staatsimmunititeit</i>	179
6.1.2	<i>Individuele regeringsvertegenwoordigers</i>	180
6.2	Internationale misdrijven	181
7	Tussenconclusie	185
7.1	'Voluntary' en 'substantive immunity'	186
7.2	Belang voor de Nederlandse discussie	187
8	Immunititeit opnieuw bezien	189
8.1	Positie van de Staat	189
8.1.1	<i>Gezag</i>	189
8.1.2	<i>Algemeen belang</i>	191
8.1.3	<i>Soevereiniteit: de Staat als drager van de rechtsorde</i>	192
8.1.4	<i>Gerechtvaardigde ongelijkheid?</i>	194
8.2	Wat beogen we met strafbaarstelling van de Staat?	197
8.3	Commune delicten	198
8.4	Strafvervolging en aansprakelijkheid van de Staat: niet zonder complicaties	199
8.5	Concluderend	201
9	Afsluiting	201
9.1	Aanbeveling	202
	<i>Aangehaalde literatuur</i>	202

1 Inleiding

De vuurwerkramp in Enschede, de cafébrand in Volendam, de Schiphol-brand en meer recentelijk de sloop van het asbesthoudende schip Otapan: bij rampen en milieuschandalen van nationale omvang staat de aansprakelijkheid van de overheid ter discussie. Op basis van het *Volkel*-arrest¹ komt de Staat echter volledige strafrechtelijke immuniteit toe en op grond van *Pikmeer II*² geniet de decentrale overheid immuniteit als er sprake is van een handeling ter uitvoering van een exclusieve overheidstaak ('taakcriterium'). Immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen, inclusief de Staat, ligt steeds meer onder vuur. Sinds *Pikmeer II* is er discussie tussen de Minister van Justitie en de Tweede Kamer over een mogelijke verruiming van de vervolgbaarheid van de centrale overheid. Om de impasse te doorbreken is in 2001 de Commissie Roelvink ingesteld om te adviseren over een eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat en de gevolgen daarvan. De Commissie stelt voor om voor zelfstandige onderdelen van de Staat strafrechtelijke aansprakelijkheid in te voeren ter zake van orderingsdelicten.³ De Staat als zodanig moet worden uitgesloten van strafrechtelijke aansprakelijkheid. In oktober 2005 is de Minister van Justitie met een conceptwetsvoorstel gekomen dat voorziet in een verruiming van de aansprakelijkheid van overheidsfunctionarissen, maar waarin wordt vastgehouden aan immuniteit van de Staat.⁴ Op 27 april 2006 is een initiatiefwetsvoorstel ingediend door (voormalig) kamerlid Wolfsen dat verder gaat dan het voorstel van de Minister en voorziet in vervolgbaarheid van overheidsorganisaties als zodanig; ook van de centrale overheid.⁵

Ondanks deze wetgevende initiatieven en het advies van de commissie Roelvink, is er de laatste jaren geen noemenswaardige ontwikkeling geweest op dit thema. Dit preadvies biedt de mogelijkheid de discussie een nieuwe impuls te geven.

2 Begripsvorming en afbakening

2.1 Immuniteit

In het recht heeft immuniteit de betekenis van het gevrijwaard zijn van machtsuitoefening door de overheid. Naar analogie met medische immuniteit kan een onderscheid worden gemaakt tussen natuurlijke immuniteit en

1. IIR 25 januari 1994, NJ 1994, 598, m.nt. Corstens.

2. HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367, m. nt JdlI.

3. Rapport Commissie Roelvink 2002, p. 5-7.

4. Dit conceptwetsvoorstel was op de site www.regering.nl te vinden; ondertussen niet meer.

5. Kamerstukken II, 2005-2006, 30 538, nr. 1-3.

voor een specifiek doel toegekende immunitet.⁶ Natuurlijke immunitet vloeit voort uit de soevereine aard van het rechtssubject, bijvoorbeeld de Staat of de vorst. Immunitet kan worden toegekend ten behoeve van een specifiek doel, bijvoorbeeld het waarborgen van onafhankelijkheid (bij immunitet van diplomaten en hun inwonende gezinsleden) of van de vrijheid van meningsuiting (bij immunitet van parlementsleden en ministers).

Een onderscheid dat ziet op de reikwijdte van immunitet en dat in het internationaal publiekrecht wordt gehanteerd, is dat tussen immunitet als onschendbaarheid ('inviolability') en immunitet van jurisdictie.⁷ Onschendbaarheid ziet op personen, gebouwen en documenten en brengt mee vrijwaring van elke concrete uitoefening van staatsmacht, zoals aanhouding of inbeslagneming.⁸ Immunitet van jurisdictie betekent bescherming tegen gerechtelijke procedures. In geval van een geslaagd beroep op deze vervolgingsuitsluitingsgrond komt de rechter niet toe aan de vraag naar strafbaarheid van de gedraging. Beide vormen van immunitet gaan vaak samen en worden ook wel zonder onderscheid aangeduid als immunitet.⁹ Het onderscheid is echter belangrijk. Of aan de Staat immunitet van jurisdictie toekomt zal in dit preadvies worden onderzocht en in twijfel getrokken. Onschendbaarheid, daarentegen, is aan de Staat inherent en kan hem niet worden onzegd.

Immunitet kan verschillen in grondslag en in de manier waarop zij beslag krijgt. Het Wetboek van Strafvordering kent immunitet toe aan bepaalde categorieën personen bijvoorbeeld verschoningsgerechtigden¹⁰, en het Wetboek van Strafrecht ten aanzien van bepaalde delicten. In laatstgenoemde gevallen is er sprake van immunitet die materieelrechtelijk gegrond is; immunitet vloeit voort uit een idee over de aansprakelijkheid en de strafwaardigheid van een gedraging.¹¹ De strafrechtelijke immunitet

6. Bij 'acquired immunity' gaat het om immunitet die ontstaat als gevolg van vaccinatie. bij 'natural immunity' gaat het om natuurlijke immunitet; deze wordt aangemaakt door het lichaam zelf.

7. Nolkaemper 2011, p. 130.

8. Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961), Trb 1960, 101: artt. 27(5), 30(1), 30(2), 30(3), 38(1), 40(1), 40(3); Protocol betreffende Voorrechten en Immuniteten, gevoegd bij het Euratomverdrag (Trb. 1957, 97 en 255), artt. 1 en 2. In de woorden van het IGH is onschendbaarheid bescherming "against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties". IGH 14 februari 2002, Congo/België (Arrest Warrant case), § 54, beschikbaar via <<http://www.icj-cij.org>>; IGH 4 juni 2008, Djibouti/France (Mutual Assistance case) ICJ Reports , § 170, beschikbaar via <<http://www.icj-cij.org>>.

9. Zie ook noot N. Keijzer HR 13 november 2007, NJ 2008, 147 die naar immunitet verwijst als een 'koepelbegrip'.

10. Artikelen 217-219a Sv.

11. Denk aan de regeling van 53-54 Sr terzake drukpersdelicten. Drukkers en uitgevers zijn immuun voor strafvervolgning als op het gedrukte stuk hun gegevens staan en zij de auteur bekend maken. Zie verder Janssen en Nieuwenhuis, Uitingsdelicten, Kluwer: Deventer, 2005, p. 233-243.

van overheden heeft een procedurele grondslag; immuniteit komt neer op een beperking van machtsuitoefening.

Immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen is ontwikkeld in de rechtspraak. Er zijn twee buitenwettelijke vervolgingsuitsluitingsgronden: partiële immuniteit voor openbare lichamen en een ongeclausuleerde immuniteit voor de Staat. In geval van een geslaagd beroep op een vervolgingsuitsluitingsgrond is het Openbaar Ministerie (OM) niet-ontvankelijk en komt de rechter niet toe aan de vraag naar de strafbaarheid van de gedraging.

2.2 *Een langlopend debat*

Immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen heeft sinds de inwerkingtreding van art. 51 Sr. (strafbaarheid van rechtspersonen, zie § 3.1) zeker sinds de *Pikmeer*-rechtspraak, onder vuur gelegen. Kritiek kwam vanuit zowel de strafrechtwetenschap als vanuit de Tweede Kamer. Steeds nadrukkelijker is de laatste jaren aangedrongen op het opheffen van strafrechtelijke immuniteit voor publiekrechtelijke rechtspersonen, in het bijzonder die van de Staat. Het gelijkheidsbeginsel en de eis van geloofwaardig en legitiem overheidsoptreden zijn de belangrijkste argumenten die voor die positie naar voren worden gebracht.¹²

Een argument dat herhaaldelijk wordt gebruikt ten faveure van immuniteit van de Staat is dat strafvervolgning van de Staat in strijd is met het primaat van het politieke en bestuurlijke verantwoordingsmechanisme.¹³ Ook wordt gewezen op de eenheid en ondeelbaarheid van de regering. Vanuit de gedachte dat het Openbaar Ministerie (OM) als orgaan van de Staat rechtsvervolgning instelt, zou strafvervolgning van de Staat neerkomen op de Staat die zichzelf vervolgt.¹⁴ Meer concreet betekent dit dat de Minister van Justitie, verantwoordelijk voor het handelen van het OM, een ander lid van het kabinet, onder wiens verantwoordelijkheid de betrokken gedraging heeft plaatsgevonden, zou aanklagen wegens overtreding van de strafwet. Een praktisch bezwaar, dat voortvloeit uit genoemde principiële argumenten, ligt in de sfeer van de sanctieoplegging; het betalen van een boete is een vestzakbroekzak exercitie. Dit roept ook de vraag op of de Staat een straf tegen zichzelf zou kunnen executeren.

Zoals De Hullu terecht opmerkt, keren de argumenten pro en contra immuniteit met een wisselende waardering steeds terug in het debat over

12. Zie onder meer, Kamerstukken II, 1996-1997, 25 294, nr. 2, p. 3-7; Kamerstukken II 2005-2006, 30 538, nr. 3, p. 1-2, 8; Roef 2001, p. 308. Rapport Commissie Roelvink, p. 17.

13. Kamerstukken II 1996-1997, 25 294, nr. 2, p. 13.

14. *Ibidem*, p. 2.

immunitet van publiekrechtelijke rechtspersonen.¹⁵ Naast de discussie over immunitet van de Staat, spitst de discussie zich toe op (i) het taakcriterium als aanknopingspunt van immunitet van de decentrale overheid¹⁶ (ii) de vraag of feitelijke leidinggevers zouden moeten delen in de immunitet van publiekrechtelijke rechtspersonen¹⁷ en (iii) de reikwijdte van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen: geldt de immunitet ook voor orderingsdelicten?¹⁸

2.3 Vraagstelling en opbouw

Dit preadvies gaat over immunitet van publiekrechtelijke rechtspersonen in het strafrecht, met bijzondere aandacht voor de positie van de Staat. Centraal staat de vraag of de Staat vanwege een bijzondere positie strafrechtelijk al dan niet vervolgbaar is. Vanuit die vraagstelling, het een hangt nu eenmaal met het ander samen, ga ik tevens in op de partiële immunitet van lagere overheden en de beperking van immunitet naar type delict commune delicten v. orderingsdelicten.

In het navolgende bespreek ik eerst (kort) het geldende recht over daderschap en (on)vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen (paragraaf 3). Daarna bespreek ik in paragraaf 4 de stand van zaken post-Pikmeer II in het licht van de actualiteit (Otapan, Enschede, Schiphol) en ga ik vervolgens in op het relevante Europees-rechtelijke kader (paragraaf 5). Dan verleg ik het perspectief naar het internationale immunitetsbegrip (paragraaf 6) waarna een korte tussenconclusie volgt waarin ik inzichten uit de analyse van het internationaal-strafrechtelijk debat samenvat (paragraaf 7). Vervolgens keer ik terug naar het nationale strafrecht en ga ik in

15. De Hullu, p. 123.

16. Contra: dit is geen werkbaar onderscheid (Van der Jagt 2000; Roef 2007, p. 234-237). Pro: overheid is alleen gelijk aan particulieren en privaatrechtelijke rechtspersoon indien hij handelt als niet-bestuurder/ondernemer (regering in MvT 51 Sr: Kamerstukken II 1975-1976, 13 655, p. 9-11).

17. Contra: dit is een verwrongen constructie ('t Hart onder Pikmeer I), art. 51 lid 2 Sr is accessoir aan daderschap en niet aan vervolgbaarheid bovendien creëert het een onge-rechtvaardigd onderscheid met 'gewone' daders (Brants 1996, p. 520-532; Sikkema 2006, p. 1994-2001). Pro: vanwege het nauwe verband tussen feitelijke leidinggever en rechtspersoon dient eerstgenoemde te delen in immunitet van laatstgenoemde (A-G Van Dorst in Pikmeer I. Hij gaat zelfs verder en vindt dat onder omstandigheden ook natuurlijke personen, uit hoofde van eigen daderschap, zouden moeten delen in die immunitet). Zie ook paragraaf 3.3.

18. Contra: het onderscheid tussen commune delicten en orderingsdelicten is moeilijk te trekken (De Hullu 2002, p. 336-337). Pro: het gaat in de praktijk om orderingsdelicten (Rapport Commissie Roelvink, p. 30-31) en toepassing op commune delicten staat op gespannen voet met het schuldbeginsel (Roef 2001, p. 377-378 maar later genuanceerder: Roef 2007, p. 247). Zie verder paragraaf 8.3.

op de belangrijkste discussiepunten in het debat over immuniteit van de Staat (paragraaf 8). Ik bespreek de bijzondere positie van de Staat en de beperking van aansprakelijkheid tot commune delicten. Dan volgt een afsluiting (paragraaf 9) met tot slot een aanbeveling.

Een korte opmerking over terminologie. De Commissie Roelvink wees reeds op de associatie met politieke en bestuurlijke verantwoordelijkheid die de term 'overheid' oproept.¹⁹ Dit zou de discussie over immuniteit van de overheid, in het bijzonder de Staat, een sterk politieke lading hebben gegeven waarbij strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt vereenzelvigd met politieke en bestuurlijke aansprakelijkheid. Het is belangrijk te benadrukken dat de term 'overheid' in de discussie over immuniteit en strafbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen betrekking heeft op corporatieve aansprakelijkheid van de overheid. Het gaat *niet* om het individu of een orgaan in staats- en bestuursrechtelijke zin (burgemeester, gemeentebestuur).

3 Daderschap en (on-)vervolgbaarheid

3.1 Art. 51 Sr

De moderne Staat is een 'instelling die voorziet in behoeften van een volksgemeenschap aan gezamenlijk handelen'.²⁰ De Staat is niet langer een persoonlijk begrip, belichaamd in de absolute vorst (l'État, c'est Moi'), maar een organisatievorm waarbinnen wordt gestreefd naar behartiging van een algemeen belang. Daarmee is de moderne Staat een abstractie en onpersoonlijk.

Om de overheid, centraal en decentraal, in rechte aanspreekbaar te maken, hebben we de rechtsfiguur van de rechtspersoon nodig. Art. 2:1 BW, lid 1 bepaalt: "de Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend, bezitten rechtspersoonlijkheid".

Sinds 1976 is in het commune strafrecht bepaald dat strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. De aanvaarding van de rechtspersoon als rechtssubject zet het klassieke bezwaar opzij dat opzet, schuld en daderschap niet kunnen worden aangenomen omdat rechtspersonen geen 'soul to damn or body to kick'²¹ hebben. Met de constatering dat de rechtspersonen in het maatschappelijk verkeer een steeds belangrijke plaats is in gaan nemen, rechtvaardigt de regering in

19. Rapport Commissie Roelvink, p. 16-17.

20. Elzinga & de Lange, H.G. Hoogers, 2006.

21. Toegeschreven aan Lord Chancellor First Baron Thurlow. Zie Coffey Jr. 1981, p. 386.

1976 de strafbaarheid van de rechtspersoon.²² In landen waar de strafbare rechtspersoon niet is aanvaard Duitsland is een prominent voorbeeld²³ - staan genoemde klassieke bezwaren in de weg aan strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Overigens sluiten deze bezwaren niet uit dat de rechtspersoon bestuursrechtelijk wordt gecorrigeerd. In Duitsland kan de rechtspersoon, inclusief de publiekrechtelijke, 'bestraft' worden met een administratieve geldboete (§ 30 Ordnungswidrigkeiten-gesetz).²⁴

Met de koppeling in art. 51 Sr naar de privaatrechtelijke rechtsfiguur van de rechtspersoon, vallen publiekrechtelijke rechtspersonen, inclusief de Staat, onder deze bepaling. Deze in het Burgerlijk Wetboek gecreëerde rechtsfiguur waaraan in art. 51 lid 3 Sr een aantal andere entiteiten gelijk wordt gesteld²⁵, kan strafbare feiten begaan. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtssubjecten is daarmee gekoppeld aan privaatrechtelijke rechtssubjectiviteit. Publiekrechtelijke rechtssubjectiviteit is echter een andere dan privaatrechtelijke rechtssubjectiviteit. Hiermee ontstaat de situatie dat een bestuursorgaan (bijv. burgemeester of gemeenteraad) niet onder het bereik van art. 51 Sr valt.²⁶ Voorts betekent de koppeling in art. 51 Sr naar privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid dat entiteiten met een zelfstandige publiekrechtelijke positie maar zonder privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid (bepaalde zelfstandige bestuursorganen) in de rechtspersoonlijkheid (en dus immunitet) van de Staat delen. Zoals Roef opmerkt, kan dit tot ongerijmdheden leiden.²⁷

3.2 (On)vervolgbaarheid

Het is een andere vraag of publiekrechtelijke rechtspersonen en de Staat vervolgbaar zijn. In 1976, bij de introductie van art. 51 Sr, heeft de regering aangegeven vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen voor strafbare feiten "in het algemeen weinig opportuun" te achten.²⁸ Veelal zal langs administratieve weg "afdoende correctie mogelijk zijn".²⁹ De regering meende echter dat vervolging en strafbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen niet zonder meer bij wet dient te zijn uitgesloten. Wanneer

22. Kamerstukken II, 1975/1976, 13 655, nr. 3, p. 9-11.

23. Weigend 2008, p. 927-945; Roef 2001, p. 164-175.

24. Zie Roef 2001, p. 171-175.

25. "Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij, en het doelvermogen."

26. Voor een kritische reflectie op de toepassing van het privaatrechtelijke rechtspersoonscriterium op publiekrechtelijke rechtssubjecten zie Hennkens 2001, p. 78-82.

27. Zie Roef 2001, p. 236-237.

28. Kamerstukken II, 1975/1976, 13 655, nr. 3, p. 20.

29. Ibidem.

een publieke rechtspersoon deelneemt aan het economisch marktverkeer, is het denkbaar dat bepaalde door het strafrecht te handhaven voorschriften worden overtreden. Vanwege de vele uiteenlopende verschijningsvormen van de publiekrechtelijke rechtspersoon moet per geval worden bekeken of de publieke rechtspersoon immuniteit toekomt. Er dient een differentiatie te worden aangebracht,

[w]aarbij onderscheid wordt gemaakt al naar gelang het strafbare feit is te plaatsen in het verband van de algemene of specifieke bestuurszaak waarmee het publiekrechtelijk lichaam is belast dan wel is gepleegd binnen het kader van een ondernemingsactiviteit die ook door particulieren wordt of kan worden verricht.³⁰

Wanneer het publiekrechtelijk lichaam als bestuurder heeft gehandeld zal de verantwoording in de eerste plaats behoren te geschieden aan de instellingen en organen die daartoe in het staats- en administratieve recht zijn aangewezen.³¹ Dit sluit persoonlijke aansprakelijkheid, d.w.z. aansprakelijkheid uit eigen hoofde van de desbetreffende functionaris, niet uit, “[i]ndien te zijnen aanzien alle elementen van het strafbare feit of van enige vorm van strafbare deelneming daaraan zijn vervuld”.³² In het tweede geval, wanneer de publiekrechtelijke rechtspersoon als ondernemer/ niet-bestuurder op gelijke voet als een particulier handelt en door het strafrecht te handhaven normen zijn geschonden, bestaat er volgens de regering “geen voldoende grond haar anders te bejegenen dan privaatrechtelijke rechtspersonen die dezelfde of vergelijkbare ondernemingsactiviteiten verrichten”.³³ Tegen aansprakelijkheid behoeft volgens de regering geen bezwaar te bestaan, “[o]mdat in deze gevallen niet de rol van de overheid als bestuurder en drager van publiek gezag, maar als ondernemer in het geding is”. De regering onderscheidt dus drie rollen: de publiekrechtelijke rechtspersoon als bestuurder, de publiekrechtelijke rechtspersoon als ondernemer, en de bestuurder die uit eigen hoofde, in particuliere hoedanigheid, een delict pleegt dan wel daaraan deelneemt. In die laatste twee rollen/hoedanigheden is er geen immuniteit van strafvervolgning. Voor strafrechtelijke immuniteit wordt vereist dat de overheid optreedt als drager van publiek gezag.

Deze differentiatie heeft verder vorm gekregen in de jurisprudentie. In vroege rechtspraak werd voor onvervolgbaarheid geëist dat de verweten

30. *Ibidem*, p. 21.

31. *Ibidem*.

32. *Ibidem*, p. 18. Verderop spreekt de MvT echter over eigen daderschap in termen van plegen: “Uiteraard sluit dit niet uit, dat een bepaalde bestuurder bij wie alle bestanddelen van een bepaald strafbaar feit aanwezig zijn uit eigen hoofde, dus wegens een door hem gepleegd delict, voor de strafrechter ter verantwoording wordt geroepen” (p. 21).

33. *Ibidem*.

gedraging had plaatsgevonden in het kader van de uitoefening van een overheidstaak. Het zonder verlof aanbrengen van verkeersdrempels werd geacht te hebben plaatsgevonden ter uitvoering van een overheidstaak, te weten de zorg voor veiligheid en publieke wegen, hetgeen leidde tot niet-ontvankelijkheid van het OM.³⁴ Dit taakcriterium, dat zijn basis vindt in de MvT aangaande art. 51 Sr, werd later aangevuld met een 'subjectcriterium'.³⁵ In het Rijksuniversiteit Groningen-arrest beperkt de Hoge Raad strafrechtelijke immuniteit tot publiekrechtelijke rechtspersonen die openbaar lichaam zijn in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet.³⁶ Hoewel de ratio voor dit subjectcriterium niet volledig duidelijk is, lijkt de verklaring te kunnen worden gevonden in het bestaan van publiekrechtelijke controle- en verantwoordingsmechanismen.³⁷

In *Pikmeer II* werd het taakcriterium aanzienlijk aangescherpt, en wel tot de gevallen waarin

[d]e desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechteus niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.³⁸

De differentiatie op basis van het taakcriterium, en daarmee de toerekening van partiële immuniteit, geldt niet voor de Staat. De Hoge Raad oordeelde in *Volkel*, enkele jaren vóór *Pikmeer II*, dat de Staat een algemene en ongeclausuleerde vervolgingsuitsluitingsgrond toekomt:

34. HR 27 oktober 1981, NJ 1982, 474, m.nt. Mulder (Tilburgse verkeersdrempels). Zie ook HR 23 oktober 1990, NJ 1991, 496 m.nt. Schalken (Voorburgse reigersnesten).
35. Roef 2001, p. 228-244.
36. HR 10 november 1987, NJ 1988, 303 (Rijksuniversiteit Groningen). De RUG was volgens de Hoge Raad geen openbaar lichaam.
37. Het hoofdstuk 7-criterium sluit niet heel goed aan bij privaatrechtelijke rechtssubjectiviteit en bij art. 51 Sr. Publiekrechtelijke rechtssubjectiviteit is iets anders dan privaatrechtelijke rechtssubjectiviteit. Zo wordt verondersteld dat openbare lichamen 'wetgevende ambten' zijn hetgeen zou aansluiten bij de eis van 'verordenende bevoegdheid', neergelegd in art. 2:1 lid 1 BW. Dit is echter niet steeds het geval. Het voorbeeld van de regionale Brandweer kan worden genoemd; dit is een openbaar lichaam zonder verordenende bevoegdheid maar met rechtspersoonlijkheid. Voorts zijn zelfstandige bestuursorganen (zbo's) niet goed te duiden naar privaatrechtelijke rechtssubjectiviteit; zij hebben rechtspersoonlijkheid maar zijn geen openbaar lichaam. Een voorbeeld van een zbo met rechtspersoonlijkheid dat geen openbaar lichaam is, is de stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM). Roef 2001, p. 231-236, 238-239; Brants en De Lange 1996, p. 23-32.
38. HR 6 januari 1998, NJ 1996, 513 m.nt. JdH (*Pikmeer II*), r.o. 5.7.

6.1 Als uitgangspunt heeft te gelden dat de handelingen van de Staat gaacht moeten worden te strekken tot de behartiging van het algemeen belang. Daartoe kan de Staat door wet- en regelgeving, bestuur, feitelijke gedragingen of anderszins zich alle aangelegenheden aantrekken.

6.2 Voor de handelingen van de Staat zijn ministers en staatssecretarissen in het algemeen verantwoordelijk schuldig aan de Staten-Generaal. Daarnaast kunnen zij ter zake van ambtsmisdrijven strafrechtelijk worden vervolgd en berecht op de voet van de artikelen 483 en volgende Sv.

6.3 Met dit stelsel strookt niet dat de Staat zelf voor zijn handelingen strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld.

6.4 Het vorenoverwogene brengt mee dat de Rechtbank de Officier van Justitie niet-ontvankelijk had behoren te verklaren in zijn vervolging.³⁹

Immunitet van de Staat wordt gerechtvaardigd door de behartiging van het algemeen belang. Deze referentie aan de publieke taak doet denken aan het taakcriterium en sluit aan bij *Pikmeer I*, zij het dat in *Volkel* de gehele taakuitoefening wordt gedekt. Het subjectcriterium kan worden herkend in de verwijzing naar het politieke verantwoordingsmechanisme.⁴⁰ Het zijn van openbaar lichaam is (vermoedelijk) vereist vanwege het bestaan van een politiek verantwoordingsmechanisme. Dit zou niet stroken met strafvervolgung. In ieder geval hanteert de Hoge Raad hier de leer van de machtscheiding. Annotator Corstens is kritisch en zegt dat een systeem van 'checks and balances' juist strookt met rechterlijke controle van macht.⁴¹

Met de aanscherping van het taakcriterium in *Pikmeer II* rijst de vraag naar de 'houdbaarheid' van *Volkel*. Het bestaan van een politiek verantwoordingsmechanisme als alternatief voor strafvervolgung is geen grond voor uitsluiting van strafvervolgung. De Hoge Raad overweegt in *Pikmeer II*:

Het vervolgen van decentrale overheden is op zichzelf niet strijdig met het stelsel van politieke verantwoordelijkheid van ambtsdragers binnen die lichamen, voorzover daarin wettelijk is voorzien, noch met het stelsel van op die lichamen uitgeoefend toezicht. Beide stelsels nemen een eigen plaats in.⁴²

Deze overweging zet volgens De Hullu de motivering voor immunitet in *Volkel* onder druk.⁴³ Immers, zoals de Commissie Roelvink ook opmerkt, één van de in het *Volkel*-arrest aangevoerde argumenten voor immunitet is

39. HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 m.nt. Corstens (*Volkel*).

40. Brants 1996, p. 511. De Staat, niet genoemd als openbaar lichaam in hoofdstuk 7 van de Grondwet, wordt wel als zodanig gezien. Zie Roef 2001, p. 236; Brants en De Lange 1996, p. 26-30.

41. HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 m.nt. Corstens (*Volkel*).

42. IIR 6 januari 1998, NJ 1996, 513 m.nt. JdH (*Pikmeer II*), r.o. 5.10.

43. De Hullu 2012, p. 122.

hiernmee prijsgegeven.⁴⁴ Roef meent zelfs dat de Hoge Raad in *Pikmeer II* “[u]itdrukkelijk afstand (heeft, *EvS*) genomen van het oorspronkelijke uitgangspunt dat politieke en bestuurlijke controlemechanismen een strafrechtelijke aansprakelijkheid in de weg zouden staan”.⁴⁵ Vanwege het feit dat *Pikmeer II* ziet op decentrale overheden, blijft volgens de Minister van Justitie de rechtsregel in *Volkel* echter van kracht.⁴⁶

Wat hiervan zij, niet kan worden ontkend dat een verschuiving heeft plaats gevonden in het oordeel over immunité van decentrale rechtspersonen. De aard van de gedraging is sterker dan voorheen bepalend voor immunité. De Raad van State, in zijn advies aan de Minister van Justitie over strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen, verwoordt het als volgt, “[e]en materiële omschrijving van het handelen” die “in de plaats treedt van een aanduiding van de herkomst ervan”.⁴⁷

In latere rechtspraak is het taakcriterium verder ingevuld en aangescherpt. In de zaak van een brandweerman in opleiding die tijdens een duik oefening verdronk, wijst de rechtbank het beroep van de gemeente op immunité af met de overweging dat het ongeluk plaatsvond buiten de uitoefening van een exclusieve brandweertaak.⁴⁸ In 2007 oordeelde de Hoge Raad in de zaak van het lozen van afvalwater door de gemeente Zederik dat dit geen exclusieve bestuurstaak betrof nu inzameling en transport van afvalwater ook door derden kan worden verricht.⁴⁹ Richtinggevend voor immunité van de decentrale overheid is de vraag of een bestuurstaak ook door derden kan worden uitgevoerd, ook al blijft de bestuurlijke verantwoordelijkheid bij de overheid liggen.⁵⁰

3.3 *Feitelijke leiding- en opdrachtgevers*

In de *Pikmeer*-rechtspraak is beslist dat, vanwege het feit dat vervolgbaarheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon zo nauw samenhangt met de

44. Rapport Commissie Roelvink, p. 11.

45. Roef 2001, p. 275; Roef 1995, p. 338.

46. Brief van 22 september 2000, Kamerstukken II, 2000-2001, 25 294, nr. 12, p. 1-2. Zie ook het Arnhemse hof in de art. 12 Sv beklagprocedure m.b.t. de niet-vervolgving van de Staat en de gemeente voor de vuurwerkexplosie in Enschede. Gerechtshof Arnhem, 22 september 2002, NJ 2002, 550, m.nt. Alkema en de recente uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam op een klacht over niet-vervolgving in de zaak van het asbesthoudende schip Otapan: 12 december 2012, LJN: BY6448 (Otapan). Zie verder paragraaf 4.1.

47. Kamerstukken II, 1999-2000, 25 294 A, p. 6.

48. Rechtbank Utrecht 9 juli 2003, NJ 2003, 669 (verdronken brandweerman). Zie ook Rechtbank Assen 2 november 2005, LJN AU5334; Gerechtshof 's-Gravenhage, 19 januari 2005, LJN AS5766.

49. HR 18 september 2007, NJ 2007, 512 (Gemeente Zederik). Zie ook HR 29 april 2008, NJ 2009, 130 m.nt. Buruma (Fraude gemeente Eten-Leur).

50. Roef 2012, p. 186.

vervolgbaarheid van feitelijke leiding- en opdrachtgevers, immuniteit tot hen dient te worden uitgebreid.⁵¹ Dit laat onverlet de mogelijkheid van 'gewoon'/eigen daderschap. Hiermee sluit de Hoge Raad aan bij de MvT aangaande art. 51 Sr.⁵²

De doorwerking van immuniteit naar feitelijke leiding- en opdrachtgevers heeft kritische reacties opgeroepen. 't Hart in zijn noot onder *Pikmeer I* wees er op dat feitelijke leiding- en opdrachtgevers niet in de immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersoon behoren te delen nu aansprakelijkheid als feitelijke leiding- en opdrachtgever in art. 51 Sr is gekoppeld aan daderschap en niet aan vervolgbaarheid van de rechtspersoon.⁵³ Ook het onderscheid tussen de feitelijke leiding- en opdrachtgevers enerzijds en 'gewone' daders anderzijds is onder vuur komen te liggen; het zou willekeurig en niet gerechtvaardigd zijn.⁵⁴ Met betrekking tot laatstgenoemden is immers ook sprake van een nauwe verbondenheid tussen het openbaar lichaam en degene die alle delictsbestanddelen vervult. A-G Van Dorst in zijn conclusie voor *Pikmeer I* stelt zelfs voor om immuniteit uit te breiden tot eigen daderschap. Wel beperkt hij deze immuniteit. Er zou in zijn visie geen beroep op immuniteit open staan wanneer de (onvervolgbare) rechtspersoon reeds via een administratiefrechtelijke weg ter verantwoording wordt geroepen; daarmee zou het feit immers "gedekt" zijn: "als het publiekrechtelijke lichaam de verantwoordelijkheid voor het delict op zich noemt, is de gedraging immers evenzeer onderhevig aan staats- en administratiefrechtelijke repressie".⁵⁵

De vraag rijst hoe het zit met feitelijke leiding- en opdrachtgevers indien de Staat een strafbaar feit begaat. Delen zij in de immuniteit van de Staat? Absolute immuniteit sluit daderschap niet uit, al blinkt r.o. 6.3 uit de aangehaalde overwegingen in *Volkel* niet uit in duidelijkheid door te verwijzen naar strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁵⁶ Uit rechtspraak sinds *Pikmeer II*,

51. HR 23 april 1996, NJ 1996, 513, m.nt. 't Hart (*Pikmeer I*): "De vervolgbaarheid van de onder 1° en die van de onder 2° genoemden zijn zo nauw met elkaar verbonden dat de omstandigheid dat de rechtspersoon zelf niet vervolgd kan worden omdat deze een openbaar lichaam in de zin van Hoofdstuk 7 van de Grondwet is en optreedt ter vervulling van een in de wet opgedragen bestuursstaak, meebrengt dat een strafvervolgging evenmin kan worden ingesteld tegen ambtenaren en arbeidscontractanten in dienst van het openbaar lichaam indien dezen in die hoedanigheid ter uitvoering van die bestuursstaak opdracht hebben gegeven tot of feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging als bedoeld in art. 51, tweede lid, onder 2°, Sr". (r.o.6.4). Dit uitgangspunt werd herhaald in *Pikmeer II*. HR 6 januari 1998, NJ 1998, 367, m.nt. JdH

52. Kamerstukken II, 1975/1976, 13 655, nr. 3, p. 21.

53. HR 23 april 1996, NJ 1996, 513, m.nt. 't Hart (*Pikmeer I*).

54. Zie onder meer Brants en De Lange 1996, p. 47, 60 e.v.; Roef 2001, p. 383-384; Sik-kema 2006, paragraaf 4.1.

55. Conclusie A-G Van Dorst, § 12. HR 23 april 1996, NJ 1996, 513, m.nt. 't Hart (*Pikmeer I*).

56. Zie annotator Corstens onder *Volkel*. Anders: Brants 1996, p.511-513.

beklagzaken waarin wordt opgekomen tegen de beslissing van niet-vervolg-ing van de Staat, blijkt niet alleen dat *Volkel* nog steeds staat maar ook dat feitelijke leiding- en opdrachtgevers delen in deze immunitéit.⁵⁷

Wat betekent het dat in *Pikmeer II* strafvervolgning niet langer wordt gezien als het doorkruisen van een politiek-bestuurlijk verantwoordings-proces? Als strafvervolgning niet strijdig is met een politiek of bestuurlijk verantwoordingsmechanisme, hoe beïnvloedt dat het onderscheid tussen feitelijke leiding- en opdrachtgevers en gewone daders? Is er nu toch weer sprake van ongerechtvaardigde ongelijkheid?⁵⁸

In het rapport van de Commissie Roelvink wordt voorgesteld de band tussen de rechtspersoon en de feitelijke leiding- en opdrachtgever door te snijden.⁵⁹ Ook het conceptwetsvoorstel van de Minister van Justitie⁶⁰ en het wetsvoorstel van (voormalig) kamerlid Wolfsen⁶¹ laten de koppeling los tussen vervolgbaarheid van de rechtspersoon en vervolgbaarheid van feitelijke leiding- en opdrachtgevers. Deze 'ontkoppeling' is echter verschillend ingebed. In het voorstel van de Minister komt de Staat absolute immunitéit toe, waarmee de aandacht volledig wordt gericht op het individu. In het wetsvoorstel van Wolfsen is de Staat volledig aanspreekbaar terwijl in het rapport van de Commissie Roelvink de Staat wordt opgeknipt in zelfstandige onderdelen. Een vergaande individualisering van collectieve verantwoordelijkheden is bij het voorstel van Wolfsen en bij de Commissie Roelvink minder waarschijnlijk dan bij het conceptwetsvoorstel van de Minister.

4. De situatie post-Pikmeer II

Na de tragische gebeurtenissen in Enschede, Volendam en Schiphol is er meer dan ooit aandacht voor falend overheidsoptreden. Aan deze gebeurtenissen kunnen argumenten worden ontleend om immunitéit van de Staat, en partiële immunitéit van lagere overheden, ter discussie te stellen.

In de post-Pikmeer II jaren is er bijzondere aandacht voor bestuurlijke handhaving, of liever gezegd het gebrek daaraan. In 1998 wees het rapport

57. Gerechtshof Amsterdam, 12 december 2012, LJN BY6448 (Otapan); Gerechtshof Arnhem 23 september 2002, NJ 2002, 550 (Enschede). Zie verder paragraaf 4.2.

58. A-G Fokkens wijst op het politiek-bestuurlijke verantwoordingsmechanisme als factor dat de posities van feitelijke leiding- en opdrachtgevers fundamenteel doet verschillen van die van 'gewone' daders. Laatstgenoemden hoeven niet aan een bestuurlijk/politiek forum verantwoording af te leggen. Kortom de ongelijkheid is gerechtvaardigd. HR 6 januari 1998, NJ 1996, 513 m.nt. JdH (Pikmeer II), r.o. 5.10

59. Rapport Commissie Roelvink, p. 19-20.

60. Concept-wetsvoorstel via www.justitie.nl.

61. Kamerstukken II, 2005-2006, 30 538, nr. 1-3.

van Michiels, *Handhaven op niveau*⁶² op een privaatrechtelijk handhavingstekort. In 2008, na de rampen in Enschede, Schiphol en Volendam, verscheen het rapport van de Commissie Herziening Handhavingstelsel VROM-regelgeving ('Commissie Mans')⁶³ dat het handhavingstekort in het omgevingsrecht in kaart bracht.⁶⁴

Ondertussen was er bij het Ministerie van Justitie aandacht voor regelovertreding door de overheid. Op verzoek van het Ministerie heeft de Commissie Huberts in 2005 een onderzoek uitgevoerd naar omvang en oorzaken van overheidscriminaliteit. In het kader van het verbeteren van de (bestuurlijke) handhaving in Nederland wordt de hand in eigen boezem gestoken: "[w]anneer de overheid regelnaleving wil bevorderen, zal ze zich om te beginnen toch zelf aan de regels moeten houden".⁶⁵ De opdracht was, mede op basis van het rapport van de Commissie Roelvink, beperkt tot een onderzoek op het terrein van ordeningsdelicten. De Commissie beperkte zich tot drie thema's: milieu, brandveiligheid en jeugdhulpverlening.⁶⁶ Twee conclusies uit het rapport vallen op. Allereerst deze, dat regelovertrading soms te wijten is aan onbekendheid van de relevante wet of regel, maar veel vaker aan "[b]ewust negeren... van een regelcomplex en/of een rationele afweging die ertoe leidt dat de regel niet wordt opgevolgd".⁶⁷ Men stelt zich tevreden met een suboptimale oplossing omdat kennis of capaciteit ontbreekt om aan de regels te voldoen. Vaak prevaleert een ander belang.⁶⁸ Ten tweede wordt geconstateerd dat "[r]egelovertrading door overheden niet primair gaat om het individu dat een regel overtreedt maar om gedrag dat is ingebed in de organisatie en structuur".⁶⁹

Ook bij het OM groeit in die tijd de behoefte aan inzicht in achtergrond en oorzaken van regelovertrading door de overheid. In 2010 wordt in opdracht van het Functioneel Parket een bestuurlijke rapportage verricht op basis van een twaalfstal geselecteerde strafzaken.⁷⁰ Het rapport behandelt uiteenlopende strafzaken waarin de Staat, agentschappen en diverse

62. Rapport Michiels 1998.

63. Rapport Commissie Mans 2008.

64. De aanbevelingen van het rapport leidden tot het aannemen van de Wet veiligheidsregio's, waarin Nederland wordt opgedeeld in 25 regio's waar gemeenten, hulpdiensten en crisispartners (publieke en private organisaties) samenwerken ter voorkoming en bestrijding van bovenlokale rampen en crises. Wet van 11 februari 2010, houdende bepalingen over de brandweerzorg, de rampenbestrijding, de crisisbeheersing en de geneeskundige hulpverlening (Wet veiligheidsregio's). Stb. 2010, 145.

65. Huberts e.a. 2005, p. 9.

66. Ibidem, p. 51.

67. Ibidem, p. 169.

68. Ibidem.

69. Ibidem, p. 170.

70. Mein en Van der Bunt 2010.

gemeenten tot de verdachten behoren.⁷¹ De onderzochte zaken betreffen milieudelicten en enkele commune delicten die daarmee in verband staan (valsheid in geschrift, vernieling en het aannemen van steekpenningen). Het onderzoek laat zien dat officieren van justitie strenger zijn geworden. In beginsel wordt vervolging ingesteld; zij laten zich niet weerhouden door het mogelijk negatieve effect van de vervolgingsbeslissing op de bestuurlijke samenwerking.⁷² De reden voor deze 'strengere' opstelling is de voorbeeldfunctie van de Staat. Alle voor het onderzoek geïnterviewde officieren wijzen erop dat de overheid het goede voorbeeld moet geven. Deze opstelling is gezien het strengere vervolgingsbeleid van het Functioneel Parket, dat sinds 2008 inzet op het aanpakken van vooral de zwaardere milieudelicten⁷³, niet verrassend.

Tegen die achtergrond is vermeldenswaardig dat het OM, vaak tot eigen frustratie, een aantal milieuzaken sponoreert vanwege immuniteit.

4.1 Milieudelicten en onvervolgbare overheden

In 2002 besluit het OM af te zien van strafvervolgning ter zake van milieudelicten (vermeendelijk) begaan in de context van het project 'de Maaswerken'. Dit project had tot doel de hoogwaterveiligheid langs de Maas te vergroten en de natuur te ontwikkelen. In het project was voorzien in het storten van schone grond in het natuurgebied Rijkse Beemden. Het bleek echter te gaan om baggerspecie. Het strafrechtelijk onderzoek wordt beëindigd vanwege betrokkenheid, en dus immuniteit, van de Staatssecretaris van Verkeer & Waterstaat.⁷⁴ Op instigatie van het OM stelt het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM) een bestuurlijk onderzoek in. Het rapport is ontvankelijk en wijst op onkunde en gebrek aan kennis bij de betrokken partijen, in het bijzonder Rijkswaterstaat. De onderzoekers stellen vast dat de vergunningverlener had kunnen vermoeden dat de gestorte grond verontreinigd was.⁷⁵

Op 4 oktober 2006 wordt door Greenpeace aangifte gedaan van strafbare feiten rond de overbrenging van het schip de Otapan naar Turkije. Het met asbest vervuilde schip lag sinds 1999 in de haven van Amsterdam en is in juli 2006 met toestemming van SenterNovem, een uitvoeringsorganisatie werkzaam voor het toenmalige Ministerie van VROM, voor ontman-

71. Ibidem, p. 9-12.

72. Dat was voorheen anders zo blijkt uit een vergelijking met een onderzoek uit 1995 dat in opdracht van het WODC is uitgevoerd; Rapport Kleiman e.a. 1995, p. 23.

73. Openbaar Ministerie, Functioneel Parket, Jaarbericht 2008, p. 3.

74. Persbericht OM, Strafrechtelijk onderzoek De Maaswerken wordt bestuurlijk voortgezet, 2 maart 2002.

75. Inspectie Verkeer & Waterstaat, Divisie Water (i.o.), Evaluatie-onderzoek Rijkse Beemden. Van analyse naar verbetering, juni 2002, p. 46.

teling naar Turkije vertrokken. Vanwege een grote hoeveelheid asbest wordt het schip niet in Turkije toegelaten. Uiteindelijk is de asbest in Nederland verwijderd zodat het schip in 2008 alsnog in Turkije kon worden gesloopt. Het OM start een strafrechtelijk onderzoek dat zich toespitst op de EVOA⁷⁶-kennisgeving op grond waarvan de Otapan mocht worden verslept naar Turkije. In de kennisgeving was minder asbest vermeld dan aanwezig was in het schip. Ook was de reden van uitvoer niet correct ingevuld. Uit het onderzoek blijkt dat het invullen van de kennisgeving door de eigenaar van de Otapan is geschied, maar dat verschillende, onder de verantwoordelijkheid van VROM vallende, ambtenaren daarbij direct betrokken waren. Voorts blijkt dat afstemming plaats vond met het Ministerie van VROM; de regie lag grotendeels bij de overheid.⁷⁷

Het Functioneel Parket kondigt op 4 oktober 2011 aan dat het afziet van strafvervolgning.⁷⁸ Onder verwijzing naar *Volkel* wijst het op de immuniteit van de Staat, te weten het Ministerie van VROM, in het bijzonder VROM-inspectie en SenterNovem.⁷⁹ Interessant is de constatering dat het geen individuele ambtenaren zal vervolgen nu er (i) sprake was van “collectief handelen” waarbij (ii) de handelingen hebben plaatsgevonden ter behartiging van “een als zodanig ervaren maatschappelijk belang” (hoge kosten van sanering voor de belastingbetaler) en niet een individueel belang.⁸⁰ Het beeld van bewuste regelovertreding in het algemeen belang, rijst op.

Met betrekking tot het eerste punt, collectief handelen, kan de vraag worden gesteld waar de grens loopt tussen eigen daderschap en feitelijk leidinggeven. Hadden de beambten van SenterNovem niet als gewone daders kunnen worden vervolgd? Immuniteit was daarbij geen beletsel voor vervolging geweest. Het feit dat in deze zaak de normoverschrijding onder regie van de overheid/VROM plaatsvond, maakt echter dat daderschap via de rechtspersoon in de rede lag. Bovendien handelden de beambten in een publieke hoedanigheid, ter behartiging van een publiek (of als zodanig gepercipieerd) belang. Onder die omstandigheden ligt vervolging voor eigen daderschap niet voor de hand.

Op 12 december 2012 besluit het Haagse hof, in een beklagprocedure wegens niet-vervolgning van de Staat vanwege de uitvoer van Otapan, dat er geen strafvervolgning zal worden ingesteld tegen de Staat en de betrokken ambtenaren.⁸¹ Opvallend is de ‘materiële veroordeling’ door het hof. Het

76. De Verordening (EG) 1013/2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen, 14 juni 2006, Publicatieblad 190, 12.7.2006, p. 1.

77. Kamerstukken II, 22 343, nr. 261, p. 2.

78. OM seponceert de zaak Otapan, 4 oktober 2011, <www.om.nl/organisatie/rijksrecherche/werken_bij/@157214/seponeert-zaak/>, Kamerstukken II, 22 343, nr. 261.

79. Kamerstukken II, 22 343, nr. 261, p. 2.

80. Ibidem.

81. Gerechtshof Amsterdam, 12 december 2012, LJN BY6448.

hof oordeelt dat de Nederlandse Staat en de betrokken ambtenaren verwijtbaar onjuist hebben gehandeld bij de verlening van de vergunning tot uitvoer van het (asbest)schip Otapan. Zij zijn volgens het hof op goede gronden aangemerkt als verdachten van het (mede-) plegen van de misdrijven sluikhandel en valsheid in geschrift. Het verzoek van Greenpeace om de Staat en die ambtenaren strafrechtelijk te vervolgen wijst het hof evenwel af. Naar geldend recht komt de Staat immuniteit voor strafvervolgning toe. Die immuniteit geldt ook voor de onder verantwoordelijkheid van de staatssecretaris bij het dossier betrokken ambtenaren.

Het strafrechtelijke onderzoek naar de eigenaresse van Otapan, de rechtspersoon Navimin, heeft wel geresulteerd in strafvervolgning. In 2005 wordt Navimin veroordeeld voor overtreding van art. 173b Sr, art. 10.3 Wmb, artt. 6 en 7 Asbestverwijderingsbesluit en de artt. 1a en 6 WED. Daarbij is het schip Otapan verbeurd verklaard.⁸²

In de Proba Koala-zaak werden oliebedrijf Trafigura, de kapitein van het schip de Proba Koala, de gemeente Amsterdam en een feitelijk leidinggever vervolgd voor de uitvoer van giftig scheepsafval naar de Ivoorkust. De gemeente had toestemming verleend tot het terugpompen van afvalstoffen naar de Proba Koala. Het OM werd met betrekking tot de strafvervolgning van de gemeente niet-ontvankelijk verklaard.⁸³ Nu er in deze zaak geen sprake was van betrokkenheid van de Staat bij de overtreding van milieunormen, zal ik deze zaak verder terzijde laten.

4.2 Falend overheidsoptreden

De gebeurtenissen in Enschede en Schiphol hebben de discussie over immuniteit van de Staat en van overheidsfunctionarissen verder verscherpt. In beide gevallen doemt het beeld op van een falende overheid als het gaat om (brand)veiligheid.⁸⁴

4.2.1 Enschedese vuurwerkramp

Uit onderzoek door de Commissie Onderzoek Vuurwerkramp naar de toedracht van de vuurwerkramp bij SE Fireworks in Enschede blijkt dat de gemeente had gefaald bij vergunninguitgifte, toezicht en handhaving op

82. Rechtbank Amsterdam, 31 maart 2005, LJN AT2940.

83. Gerechtshof Amsterdam, 23 november 2011, LJN BU9240. Amsterdam Port Service BV werd wel vervolgd, maar ontslagen van rechtsvervolgning omdat deze BV kon vertrouwen op informatie van de Dienst Milieu en Bouwtoczicht van de gemeente Amsterdam. Gerechtshof Amsterdam, 23 december 2011, LJN BU9239.

84. Ik laat de brand in Volendam buiten beschouwing nu deze ramp niet heeft geleid tot voor dit preadvies relevante rechtspraak. Deze zaak heeft wel de strafrechtswetenschap bezig gehouden: Schalken 2001, p. 115-117; Stolwijk 2001, p. 525-530.

het terrein van milieu- en brandveiligheid.⁸⁵ Om te beginnen liet de gemeente zich onvoldoende adviseren op het terrein van milieuvergunningen.⁸⁶ Voorts werd niet opgetreden tegen overtredingen van milieuvergunningen. Vanwege gebrek aan afstemming tussen de afdeling Milieu en de afdeling Bouwdienst kon SE Fireworks uitbreiden terwijl bestemmingsplannen dat niet toestonden.⁸⁷ Er worden ook ernstige verwijten aan het adres van de Staat gemaakt. De Rijksverkeersdienst⁸⁸, een inspectie-eenheid ressorterend onder het Ministerie van VROM, had het laten gebeuren dat SE Fireworks enkele jaren functioneerde zonder geldige vergunningen. Voorts zijn geen lessen getrokken uit de explosie in een vuurwerkfabriek in Culemburg in 1991. Vijf van de betrokken ministeries waren op de hoogte van problemen met de classificatie van vuurwerk.⁸⁹

Het OM ziet af van strafvervolg van de betrokken overheden. Een beklagprocedure op de voet van art. 12 Sv mag niet baten. Het hof te Arnhem overweegt onder verwijzing naar *Volkel* dat de Staat absolute immuniteit toekomt.⁹⁰ De gemeente Enschede wordt onvervolgbaar geacht vanwege het uitvoeren van een exclusieve bestuurstaak, zowel met betrekking tot de vergunningverlening als met betrekking tot handhaving en toezicht. Strafvervolg volgt wel ten aanzien van de twee directeurs van SE Fireworks. Zij worden elk tot een jaar onvoorwaardelijke gevangenisstraf veroordeeld wegens het overtreden van de milieuvoorschriften en het opdracht geven en feitelijk leidinggeven aan het door SE Fireworks (gedeeltelijk opzettelijk) overtreden van vergunningvoorwaarden.⁹¹

4.2.2 Schipholbrand

De brand bij het cellencomplex op Schiphol is, om met Rozemond te spreken, “een aaneenschakeling van menselijke fouten die op bizarre wijze zijn geculmineerd en tot gruwelijke gevolgen hebben geleid”.⁹² Deze is ook een voorbeeld van overheidsfalen. De tekortkomingen zijn in beeld gebracht door een onderzoek van de Inspectie Openbare Orde en Veiligheid in 2006.⁹³ Blaam treft de Rijksgebouwendienst (RGD), de Dienst Justitiële Inrichtingen (DJI) en de gemeente Haarlemmermeer. Zij waren verant-

85. Rapport Vuurwerkrap, p. 22. Zie ook Rapport Inspectie Openbare Orde en Veiligheid 2002a; Rapport Inspectie Openbare Orde en Veiligheid 2002b, p. 34 e.v.

86. Rapport Vuurwerkrap, p. 221.

87. Ibidem.

88. Tegenwoordig de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT).

89. Rapport Vuurwerkrap, p. 221, 226-230.

90. Gerechtshof Arnhem 23 september 2002, NJ 2002, 550.

91. Gerechtshof Arnhem, 12 mei 2003, LJN AF8393; HR 1 februari 2005, LJN: AP8469.

92. Rozemond 2011, p. 751.

93. Eindrapport Schipholbrand 2006.

woordelijk voor de brandveiligheid in het cellencomplex, de RGD als bouwer, de DJI als gebruiker en de gemeente als vergunningverlener, toezichthouder en handhaver. De inspectie wijst de DJI als primair verantwoordelijke aan en concludeert dat de Dienst niet voorbereid was op de brand terwijl herhaaldelijk, en van verschillende kanten, was gewezen op problemen rondom de brandpreventie.⁹⁴

Het OM gaat niet over tot vervolging van de betrokken ambtenaren en overheidsentiteiten. Het concludeert dat "geen feiten waren geconstateerd die wezen op een strafbare gedraging van andere personen (dan de 'gewone' vader, *EvS*) of betrokken instanties zoals de Dienst Justitiële Inrichtingen, de Rijksgebouwendienst, de gemeente Haarlemmermeer of de Staat der Nederlanden".⁹⁵ Tegen deze beslissing wordt een klacht ex art. 12 Sv ingediend. Het Amsterdamse hof wijst de klacht tegen de beklaagden (twee bewaarders, de wachtcommandant, de locatiedirecteur en DJI) af.⁹⁶ Opvallend is dat met betrekking tot de bewaarders, de wachtcommandant en de locatiedirecteur het oordeel materieelrechtelijk wordt gegrond; er was geen sprake van schuld of van een causaal verband tussen de nalatigheid en de dood van de slachtoffers.⁹⁷ Alleen met betrekking tot de DJI, een onderdeel van de Staat, wordt geoordeeld dat immuniteit in de weg staat aan vervolging.

Voorts is een klaagschrift ingediend wegens niet-vervolging van beweerdelijk gepleegde ambtsmisdrijven door minister Donner en staatssecretaris Verdonk. Klagers worden op de voet van art. 13 a Sv door de Hoge Raad, die in eerste en laatste instantie recht spreekt, niet-ontvankelijk verklaard in hun beklag. Een opdracht tot vervolging ter zake van ambtsdelicten kan uitsluitend bij Koninklijk Besluit of bij een besluit van de Tweede Kamer worden gegeven.⁹⁸

De enige die is vervolgd ter zake van de Schipholbrand, is de gedetineerde die de brand in zijn cel zou hebben veroorzaakt. In twee instanties is hij veroordeeld voor opzettelijke brandstichting.⁹⁹ Over deze veroordeling is veel te doen; zo zijn er vragen gerezen over het opzet van de verdachte en het causale verband tussen de brand en de dood van de slacht-

94. Ibidem, p. 173-174.

95. Persverklaring vervolgingsbeslissingen Schipholbrand, 4 juli 2007, te raadplegen via http://www.om.nl/algemene_onderdelen/uitgebreid_zoeken/@131443/persverklaring/.

96. Gerechtshof Amsterdam 16 december 2009, LJN BK6788.

97. Volgens Rozemond zijn deze bevindingen moeilijk te rijmen met de vrijspraak aangaande art. 157, onder 3 Sr van de gedetineerde die de brand in zijn cel zou hebben veroorzaakt (klager 1 in de art 12 Sv-procedure): Rozemond 2011, p. 746-747.

98. HR19 oktober 2007, NJ 2008, 26, m.nt. Alkema. Zie verder paragraaf 5.1.3.

99. Rechtbank Haarlem, 15 juni 2007, LJN BA7326 en Gerechtshof Amsterdam, 3 september 2009, LJN BJ6879.

offers.¹⁰⁰ Het arrest van het hof wordt uiteindelijk gecasseerd door de Hoge Raad (zonder dat antwoord wordt gegeven op de materiële rechtelijke vragen).¹⁰¹

De gebeurtenissen in Enschede en Schiphol hebben politieke gevolgen gehad. In Enschede trad de wethouder af die verantwoordelijk was voor vergunningverlening aan het ontplofte vuurwerkbedrijf SE Fireworks. De ministers Donner en Dekker namen hun politieke verantwoordelijkheid en traden als gevolg van de Schipholbrand af. De brand in het cellencomplex was ook voor de burgemeester van de gemeente Haarlemmermeer reden om af te treden.

4.3 *Concluderend*

Het ongemak over de immuniteit van de centrale en van de decentrale overheid in het Nederlandse strafrecht groeit in de post-Pikmeer II periode. Rampen zoals de brand in Schiphol, de explosie in Enschede, en ook milieudelicten zoals die zijn begaan in verband met het asbestschip Otapan, hebben tot maatschappelijke beroering geleid. Deze beroering werd vaak versterkt als de betrokken overheden onvervolgbaar bleken. De Staat heeft een voorbeeldfunctie en strafvervolgning zou een normbevestigend effect hebben. Terwijl het OM strafvervolgning van ernstige milieudelicten tot speerpunt maakt van beleid, kan het de Staat niet in rechte aanspreken op het overtreden van milieunormen. Ook de materiële veroordeling door het hof in de Otapan-zaak maakt duidelijk dat het draagvlak voor de immuniteitsleer afbrokkelt.

5 **Immuniteit Straatsburg- en Luxemburg-proof?**

De inzet van het strafrecht wordt mede bepaald door het verdragsrecht. Met name de rechtspraak van het EHRM over de strafrechtelijke bescherming van het recht op leven is van belang voor de discussie over immuniteit. Deze rechtspraak verplicht staten te voorzien in de mogelijkheid overheidslichamen of -functionarissen in een strafprocedure te betrekken indien zij verantwoordelijk zijn voor niet-opzettelijke doodsveroorzaking bij gevaarlijke activiteiten milieurampen. Zoals in het navolgende zal blijken, staat met name het taakcriterium zoals dat in de Pikmeerjurisprudentie vorm heeft gekregen op gespannen voet met het verdragsrecht.

100. Zie Rozemond 2011, p. 731-752.

101. HR 14 december 2010, NJ 2011/313, m.nt. Reijntjes.

5.1 EVRM: positieve verplichtingen

Van belang voor de discussie over strafbaarheid en immunité van de Staat, vooral in situaties waar doden zijn te betreuren, is de rechtspraak van het Hof in Straatsburg over positieve verplichtingen.¹⁰² Bij opzettelijke en niet-opzettelijke levensberoving eist het EHRM de inzet van het strafrecht ter bescherming van het recht op leven zoals neergelegd in art. 2 EVRM. Een analyse van deze (casuïstische) rechtspraak laat zien dat het Hof in art. 2 EVRM leest dat bepaalde gedragingen strafbaar moeten worden gesteld en dat in sommige gevallen onderzoek, strafvervolgung en eventueel bestraffing moet plaatsvinden.¹⁰³

5.1.1 Strafbaarstelling

De zaak *Osman/Turkije* is de leading-case als het gaat om positieve verplichtingen van de Staat bij opzettelijke levensberoving.¹⁰⁴ Het EHRM eist van staten "[t]o secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions".¹⁰⁵ Bij niet-opzettelijke doodsoorzaking geldt een soortgelijke plicht. Dit volgt uit het arrest *Öneryıldiz/Turkije* uit 2004.¹⁰⁶ In deze zaak stelt het Straatsburgse Hof vast dat sprake was van een schending van art. 2 EVRM vanwege een onvoldoende strafrechtelijke reactie op een methaanexplosie op een vuilnisstortplaats bij Istanbul. Als gevolg van deze explosie en de daardoor veroorzaakte aardverschuiving was een krottenwijk bedolven waarbij 39 mensen waren omgekomen. De verzoeker had negen gezinsleden, zijn huis en al zijn bezittingen verloren. Het Hof oordeelde dat er onvoldoende toezicht en controle was geweest op het aanpakken van milieuproblemen op de vuilstortplaats. Tegen de illegale bouw van huizen op de stortplaats was niet opgetreden, terwijl de autoriteiten wisten of redelijkerwijs hadden moeten weten van het explosiegevaar. Deze omstandigheden leverden volgens het Hof een (materiële) schending van art. 2 EVRM op. Met betrekking tot de procedurele kant van art. 2 EVRM bepaalde het Hof dat op nationaal niveau geen effectieve rechtsbescherming werd geboden. Het

102. Van Kempen 2008; Vellinga-Schootstra en Vellinga 2008.

103. Van Kempen 2008, p. 26-33.

104. EHRM 28 oktober 1998, *Osman/Verenigd Koninkrijk* (GC), appl. 23452/94.

105. Ibidem, § 115.

106. EHRM 30 november 2004, *Öneryıldiz/Turkije* (GC), appl. 48939/99, § 93, NJ 2005, 210, m.nt. Alkema. Zie ook EHRM 5 januari 2010, *Railean/Moldavië*, appl. 23401/04, § 27-28.

strafrechtelijk onderzoek was onvoldoende effectief geweest. Twee burgermeesters waren veroordeeld tot het betalen van een symbolische boete.

De regel die volgt uit *Öneryıldiz*¹⁰⁷ is dat ingeval als gevolg van “negligence...beyond an error of judgment or carelessness”¹⁰⁸ doden vallen, Staten dienen te zorgen voor “effective criminal-law provisions”.¹⁰⁹ Het woord ‘effective’ duidt er op dat strafvervolgning moet kunnen volgen en de omschrijving van ‘negligence’ lijkt te duiden op bewuste schuld.¹¹⁰ De regel in *Öneryıldiz* is minder absoluut dan die in *Osman*. Zo is er geen plicht tot strafbaarstelling van gevaarlijke activiteiten in de medische sector¹¹¹, een onderscheid waar Van Kempen terecht kritisch over is, maar dat hier verder buiten beschouwing zal blijven.¹¹² In die gevallen volstaat een civiele rechtsgang voor compensatie.¹¹³

Wat betekent *Öneryıldiz* voor de niet-vervolgbaarheid van overheden naar Nederlands strafrecht? Is immuniteit van de Staat, centraal en decentraal, in strijd met de plicht van effectieve strafrechtelijke bescherming van het recht op leven? Uit de tekst van het arrest blijkt dat niet. De centrale overweging in *Öneryıldiz* luidt,

Where it is established that the negligence attributable to *State officials or bodies* on that account goes beyond an error of judgment or carelessness, in that the authorities in question, fully realising the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity (*see, mutatis mutandis, Osman, cited above, pp. 3159-60, § 116*), the fact that *those responsible* for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of article 2, irrespective of any other types of remedy which individuals may exercise on their own initiative (*see paragraphs 48-50 above*); this is amply evidenced by developments in the relevant European standards (*see paragraph 61 above*)” [cursief, *EvS*].¹¹⁴

In de literatuur is op deze uitspraak vanuit verschillende hoek gereageerd. Van Kempen meent dat de door *Öneryıldiz* vereiste (effectieve) strafbaarstelling in ieder geval bescherming dient te bieden jegens functionarissen van de Staat (politie, militairen) en particulieren. Immuniteit van feitelijke

107. EHRM 30 november 2004, NJ 2005, 210, m.nt. Alkema.

108. *Öneryıldiz*, § 93.

109. EHRM 18 december 2012 Kudra/Kroatië, appl. 13904/07 waar de rechtsregel uit *Öneryıldiz* wordt aangehaald, § 101.

110. Zie ook Van Kempen 2008, p. 29.

111. EHRM 8 juli 2004, Vo/France (GC), appl. 53924/00, § 90; EHRM 17 januari 2002, Calvelli and Ciglio/Italië (GC), appl. 32967/96, § 51.

112. Van Kempen 2008, p. 30-31.

113. Calvelli and Ciglio, § 51.

114. *Öneryıldiz*, §93.

leiding- en opdrachtgevers van publiekrechtelijke rechtspersonen strookt niet met verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM. Uit het gebruik van de term 'state bodies', gelezen in samenhang met andere EHRM uitspraken waarin deze term wordt gebruikt, leidt hij af dat bescherming via strafbaarstelling ook vereist is tegen publiekrechtelijke rechtspersonen als zodanig.¹¹⁵ Strafbarestellingen zouden daarmee ook toepasbaar zijn op staatsorganen (en hun immuniteit zou daaraan in de weg staan).¹¹⁶ Deze redenering overtuigt niet. Allereerst omdat deze niet onomstotelijk volgt uit de tekst van de relevante overweging. Van Kempen geeft dat overigens zelf ook toe.¹¹⁷ Bovendien is de rechtspraak die hij aanhaalt ter duiding van de term 'state bodies' gekleurd door de feiten. Het betreft zaken die zien op bescherming tegen de politie; zaken met een specifieke radius en daarmee niet dragend voor de voorgestane interpretatie.¹¹⁸

Alkema in zijn noot onder *Öneryildiz* meent dat uit deze uitspraak een eis tot strafvervolgning in milieuzaken volgt en dat *Pikmeer II* geen stand kan houden.¹¹⁹ Barkhuijsen en Van Emmerik zijn stellig en menen dat sinds *Öneryildiz* immuniteit van "(dienaren van) de Staat en decentrale overheden (waar het betreft exclusieve overheidstaken) niet EVRM-conform is".¹²⁰

Uit *Öneryildiz* volgt mijns inziens niet dat immuniteit van publiekrechtelijke *rechtspersonen* strijdig is met de verplichtingen onder art. 2 EVRM. De uitspraak richt zich op "State officials or authorities":

Accordingly, it cannot be said that the manner in which the Turkish criminal justice system operated in response to the tragedy secured the full accountability of State officials or authorities for their role in it and the effective implementation of provisions of domestic law guaranteeing respect for the right to life, in particular the deterrent function of the criminal law.¹²¹

Immunitet van de Staat en/of de decentrale overheid kan blijven bestaan zolang een overheidsfunctionaris 'fully accountable' kan worden gesteld. De huidige immuniteitsregeling voldoet niet aan Straatsburgse eisen voor zover feitelijke leiding- en opdrachtgevers delen in de immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen. Uit *Öneryildiz* volgt niet dat immuniteit van de Staat in strijd is met het EVRM. Het Nederlandse taakcriterium staat wel onder druk. In *Öneryildiz* hadden de Turkse autoriteiten juist ge-

115. Van Kempen 2008, p. 31-32.

116. Ibidem, p. 32.

117. Ibidem, p. 31-32.

118. Anders: Roef 2012, p. 192-193; De Valk 2009, p. 364.

119. NJ 2005, 210, m.nt. Alkema.

120. Barkhuijsen & Van Emmerik, 2005, p. 47.

121. *Öneryildiz*, § 117.

faald bij het uitvoeren van exclusieve bestuurstaken zoals vergunninguitgifte, toezicht en handhaving. Het oordeel van het Arnhemse hof in de 12 Sv-procedure tegen de gemeente Enschede is daarmee niet zonder meer Straatsburg-proof.¹²²

Welke rol is er voor eigen daderschap in het kader van de Straatsburgse rechtspraak over positieve verplichtingen? Immunititeit van de Staat staat niet in de weg aan strafvervolgning van ambtenaren als 'gewone' daders ook als het gaat om exclusieve bestuurstaken. *Öneryildiz* kan zo worden begrepen dat Nederland door vervolging van ambtenaren uit hoofde van eigen daderschap aan zijn positieve verplichtingen onder het EVRM kan voldoen. Dat zou met zich meebrengen dat de immunititeit van feitelijke leiding- en opdrachtgevers slechts betekenis heeft voor zover deze daderschapsvormen *ruimer* zijn dan het gewone daderschap van art. 47 Sr.¹²³ Bij samenloop van leidinggeven en eigen daderschap is de ambtenaar niet immuun, zo zou kunnen worden betoogd.

Reeds in 1999 adviseerde de Raad van State de Minister van Justitie de oplossing voor problemen "[o]p het punt van de aansprakelijkheid van de bestuurlijke en ambtelijke top van openbare lichamen" te vinden in "uitbreiding van de (mede)aansprakelijkheid of medepligtigheid van de bestuurlijke en ambtelijke top bij ambtsdelicten".¹²⁴ Problematisch aan de focus op eigen daderschap, inbegrepen deelnaeming, is echter dat daarmee het organisatorische karakter van dit type criminaliteit onvoldoende tot uitdrukking komt. Dat werd eerder duidelijk bij de bespreking van de Otapanzaak. Ook zal in de praktijk aansprakelijkheid, vanwege diffuse verantwoordelijkheid, moeilijk individualiseerbaar zijn. Alleen wanneer de publiekrechtelijke rechtspersoon zelf ook vervolgbaar is en er via die band aandacht is voor de publiekrechtelijke context waarin gedragingen zijn verricht, is naar mijn mening deze individualisering niet problematisch. Strafvervolgning van feitelijke leidinggevers en van de rechtspersoon zelf heeft meerwaarde als het gaat om overheidscriminaliteit.

Öneryildiz was aanleiding voor het conceptwetsvoorstel van de regering en het wetsvoorstel van (voormalig) kamerlid Wolfsen.¹²⁵ Beide voorstellen beogen een eind te maken aan de doorwerking van immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen naar feitelijke leiding- en opdrachtgevers. Laatstgenoemden worden volgens die voorstellen strafrechtelijk vervolgbaar. Het wetsvoorstel van Wolfsen voorziet daarnaast ook in het opheffen van immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen inclusief de

122. Zie ook Roef 2012, p. 192; De Valk 2009, p. 363-364.

123. De Hullu 2012, p. 487-488.

124. Kamerstukken II 1999-2000, 15 294 A, p. 4.

125. Dit conceptwetsvoorstel was op de site www.regering.nl te vinden; ondertussen niet meer. Wetsvoorstel Wolfsen: Kamerstukken II 2005-2006, 30 538, nr. 1-3.

Staat. Met betrekking tot dat laatste is het interessant dat *Öneryildiz* niet meer wordt genoemd in de, naar aanleiding van het advies van de Raad van State gewijzigde, Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel.¹²⁶ Onder verwijzing naar uitspraken van het EHRM in de zaken *Al-Adsani/Verenigd Koninkrijk* en *De Jorio/Italië*, meent de Raad van State dat *Öneryildiz* “[n]iet dwingt tot vergroting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid”.¹²⁷

In deze zaken stond de vraag centraal of een beroep op immunititeit (en de daarop volgende niet-ontvankelijkheids verklaring) een schending oplevert van het recht op een eerlijk proces neergelegd in art. 6 EVRM. Het Hof beantwoordt deze vraag ontkennend in *Al Adsani* en bevestigend in *De Jorio*. In deze laatste zaak, waar het ging om immunititeit tegen strafvervolgging van een parlementariër wegens belediging, werd in de beoordeling van de klacht waarde gehecht aan het feit dat er voor klager geen alternatief rechtsmiddel voorhanden was geweest.¹²⁸ *Al Adsani* betreft staatsimmunititeit. Het Hof oordeelt in deze zaak dat het Verenigd Koninkrijk, door een beroep op immunititeit van Koeweit te honoreren en zo een civielrechtelijk rechtsmiddel tot schadevergoeding vanwege foltering te blokkeren, art. 6 EVRM niet heeft geschonden.¹²⁹ De zaak heeft tot veel discussie geleid, mede vanwege de aard van de geschonden norm, het folterverbod.¹³⁰ Het Hof zou met deze uitspraak voorbij zijn gegaan aan het feit dat het folterverbod een norm van dwingend recht (*peremptory norm/ius cogens*) is. Het Hof zegt echter, “while noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, [the Court] does not accordingly find it established that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State”.¹³¹ Kortom, deze norm kan (vooralsnog) geen civielrechtelijke (Staats-)immunititeit van vreemde staten opzij zetten.¹³²

Of aan deze precedënten betekenis moet worden gehecht in het kader van immunititeit in het strafrecht valt zeer te betwijfelen. Zo kan gewezen worden op de specifieke context van beide zaken: parlementaire immunititeit in *De Jorio* en staatsimmunititeit in het civiele recht in *Al Adsani*. Zoals

126. Kamerstukken II 2005-2006, 30 538, nr. 7.

127. Kamerstukken II 2007-2008, 30 538, nr. 5, p. 2.

128. EHRM 3 juni 2004, *De Jorio/Italië*, appl. 73936/01, § 53.

129. EHRM 21 november 2001, *Al Adsani/Verenigd Koninkrijk*, appl. 35763/97, § 56, 66-67.

130. Het feit dat – met betrekking tot de schending van art. 6 – de stemverhouding 9-8 vóór schending was en er zes separate opinions waren (!), laat zien dat het Hof zelf ook verdeeld was.

131. *Al Adsani*, § 66.

132. Zie voor een meer uitgebreide bespreking van deze uitspraak het preadvies van Nico Schrijver in deze bundel.

zal blijken in de volgende paragraaf zijn wel overeenkomsten tussen volkenrechtelijke staatsimmunititeit en immunititeit van de Staat in het strafrecht te ontwaren, maar zijn er ook verschillen, niet in het minst in de aard van de aansprakelijkheid, waar het Hof in *Al Adsani* ook op wijst. Uit deze uitspraken kan geenszins de conclusie volgen dat, zoals de Raad van State suggereert: “[s]trafrechtelijke immunititeit van de overheid door het EHRM gerespecteerd wordt mits er een effectief alternatief is voor onafhankelijk toezicht”.¹³³ Daarmee blijft overigens de conclusie overeind dat *Öneryildiz* niet dwingt tot verruiming van de aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen. Dit volgt reeds uit de uitspraak zelf.

5.1.2 Onderzoeksplicht

Art. 2 EVRM roept naast de plicht tot strafbaarstelling ook onderzoeksverplichtingen in het leven.¹³⁴ Volgens Alkema is uit art. 2 EVRM zelfs een subjectief recht op onderzoek af te leiden.¹³⁵ Een onderzoeksplicht vloeit ook voort uit art. 3 EVRM en steunt mede op art. 13 EVRM¹³⁶. De rechtspraak op basis van art. 2 EVRM is echter het duidelijkst en wordt vaak aangehaald ter adstructie van een onderzoeksverplichting. Volgens het Hof beoogt de plicht tot onderzoek “[t]o secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility.”¹³⁷ Deze onderzoeksplicht geldt zelfs in verband met krijgshandelingen in het buitenland. Zo bepaalde het EHRM in *Al Skeini* dat het Verenigd Koninkrijk de onderzoeksplicht uit hoofde van art. 2 EVRM had geschonden door geen onafhankelijk onderzoek te doen naar de dood van Iraakse burgers in ‘physical power and control’ van het Verenigd Koninkrijk (als bezettende mogendheid) in Irak.¹³⁸

Hoewel het Hof niet expliciet vraagt om strafrechtelijk onderzoek, blijkt dat het daar in de praktijk wel om gaat. In *Bazorkina/Rusland*, waar het opzettelijke levensberoving in een situatie van detentie betrof, bepaalde het Hof dat “the investigations required under Article 2 of the Convention must be able to lead to the identification and punishment of those responsi-

133. Kamerstukken II 2007-2008, 30 538, nr. 5, p. 2, voetnoot 12. Eveneens kritisch; Van Kempen 2008, p. 32, voetnoot 66. Over een voorhanden ‘effectief alternatief’ zegt het Hof in *Al Adsani* overigens niets.

134. Voor een analyse zie Van Kempen 2008, p. 43-56. Vellinga-Schootstra & Vellinga, p. 5 e.v.

135. HR 19 oktober 2007, NJ 2008, 26, m.nt. Alkema.

136. EHRM 25 september 1997, Aydin/Turkije, appl. 57/1996/676/866.

137. EHRM 4 mei 2001, McKerr/Verenigd Koninkrijk, appl. 28883/95 § 111.

138. EHRM 7 juli 2011, Al Skeini/Verenigd Koninkrijk, appl. 55721/07; NJ 2012, 430 en 431, m.nt. Keijzer.

ble".¹³⁹ In het kader van niet-opzettelijke levensberoving stelt *Öneryildiz* de volgende eisen:

[T]he judicial system required by Article 2 must make provision for an independent and impartial official investigation procedure that satisfies certain minimum standards as to effectiveness and is capable of ensuring that criminal penalties are applied where lives are lost as a result of a dangerous activity if and to the extent that this is justified by the findings of the investigation (...). In such cases, the competent authorities must act with exemplary diligence and promptness and must of their own motion initiate investigations capable of, firstly, ascertaining the circumstances in which the incident took place and any shortcomings in the operation of the regulatory system and, secondly, identifying the State officials or authorities involved in whatever capacity in the chain of events in issue.¹⁴⁰

De eisen wijken niet substantieel af van wat geldt in het kader van opzettelijke levensberoving. Onderzoek dient onafhankelijk en onverwijld te zijn en in staat om de waarheid aan het licht te brengen waarbij de toedracht van een gevaarlijke gebeurtenis wordt vastgesteld en de verantwoordelijke personen worden geïdentificeerd. Met dit rijtje eisen, met name dat onderzoek 'capable' is 'of ensuring criminal penalties' ligt de inzet van het strafrecht voor de hand.¹⁴¹

Van recenter datum dan *Öneryildiz* is de uitspraak van het EHRM in *Budayeva/Rusland*.¹⁴² In deze zaak over onvoldoende bescherming bij jaarlijks terugkerende calamiteiten (modderstromen), wordt de onderzoekspllicht eveneens strafrechtelijk uitgewerkt.¹⁴³ In deze uitspraak geeft het Hof helder het algemene schema van onderzoeksverplichtingen weer. In geval van niet-opzettelijke doodsoorzaking in verband met gevaarlijke activiteiten (natuur- en milieurampen) acht het Hof een officieel strafrechtelijk onderzoek 'indispensable' vanwege het feit dat "public authorities are often the only entities to have sufficient relevant knowledge to identify

139. EHRM 27 juli 2007, *Bazorkina/Rusland*, appl. 69481/01 § 117.

140. *Ibidem*, § 94.

141. Zie ook Van Kempen 2008, p. 4. In EHRM 28 november 2006, *Saldias/Spanje* appl. 76973/01 (over een overstroomde (staats)camping waarbij 25 doden vielen) lijkt deze regel enigszins te worden genuanceerd. *Öneryildiz* wordt in een adem genoemd met de medische nalatigheid-zaken waarvoor de positieve verplichting tot strafbaarstelling en strafrechtelijk onderzoek niet geldt. Onder verwijzing naar deze zaken tezamen overweegt het Hof, "A ce sujet, la Cour a déjà énoncé que si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'était pas intentionnelle, l'obligation positive de mettre en place « un système judiciaire efficace » n'exigeait pas nécessairement, dans tous les cas, des poursuites pénales, et que pareille obligation pouvait être remplie si des voies de droit civiles, administratives ou même disciplinaires étaient ouvertes aux intéressés" (p.21). Zie ook EHRM 20 maart 2008, *Budayeva/Rusland*, appl. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02, § 141.

142. *Budayeva*, NJ 2009, 209, m.nt. Alkema.

143. *Ibidem*, § 163-165.

and establish the complex phenomena that might have caused an incident".¹⁴⁴ Het Hof herhaalt vervolgens de regel uit *Öneryıldız* dat in het geval

[t]he authorities in question, fully realizing the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity, the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of Article 2, irrespective of any other types of remedy which individuals may exercise on their own initiative.¹⁴⁵

In *Kolyadenko/Rusland*, over nalatigheid van overheidsautoriteiten bij inschatting van risico's van waterafvoer in verband met overstromingen, maakte het Hof duidelijk dat een daadwerkelijk risico van de dood eveneens kan leiden tot een schending van de onderzoeksplicht onder art. 2 EVRM.¹⁴⁶ Rusland verwerpte zich in deze zaak, waar een strafrechtelijk onderzoek naar de nalatige overheidsinstanties vroegtijdig was stopgezet, door te wijzen op het feit dat er geen dodelijke slachtoffers waren gevallen. Daarvan zei het Hof dat dit voor een schending van art. 2 EVRM niet vereist is, ook "[s]ituations where, although an applicant survived, there clearly existed a risk to his or her life".¹⁴⁷ Het Hof herhaalt de eis dat onderzoek onafhankelijk en onpartijdig moet zijn en "capable [is, *EvS*] of ensuring that criminal penalties are applied" waarbij "State officials or authorities" kunnen worden geïdentificeerd.¹⁴⁸

Er tekent zich een lijn af in EHRM rechtspraak dat bij gevaarlijke activiteiten, waaronder natuurrampen, een adequaat strafrechtelijk onderzoek verricht moet worden indien de dood dan wel levensbedreigende risico's (mede) door ernstige nalatigheid van de verantwoordelijke autoriteiten zijn veroorzaakt.¹⁴⁹

5.1.3 Art. 3 EVRM en de Schipholbrand

De vraag naar de reikwijdte van de verdragsrechtelijke onderzoeksplicht komt aan de orde in de beklagprocedure die werd ingesteld tegen Donner en Verdonk in verband met de Schipholbrand. Klagers baseerden hun klacht op art. 3 EVRM en de onderzoeksplichten neergelegd in de artike-

144. Ibidem, § 140.

145. Ibidem.

146. EHRM 28 februari 2012, *Kolyadenko/Rusland*, appl. 17423/05.

147. *Kolyadenko*, § 151. Zie ook Roef 2012, p. 189-190. Het gevaar moet zich wel daadwerkelijk hebben gerealiseerd (§ 152-153).

148. *Kolyadenko*, § 191.

149. Zie ook Roef 2012, p. 190.

len 2 en 12 van het Verdrag tegen foltering (anti-Folterverdrag).¹⁵⁰ Een van de klachten richtte zich tegen het in art. 119 Gw neergelegde voorschrift dat vervolging van ambtsmisdrijven is gebonden aan het vereiste van een last van de Kroon of van de Tweede Kamer.¹⁵¹ Dat voorschrift zou in strijd zijn met de verplichtingen onder het EVRM en het anti-Folterverdrag. De A-G Langemeijer concludeert dat de aan Donner en Verdonk verweten feiten niet zijn aan te merken als foltering.¹⁵² Hij vervolgt met de constatering dat artikelen 2 en 3 EVRM vereisen dat onderzoek doelmatig en onverwijld is en dat bij opzettelijke schending van de materiële norm, identificatie en bestraffing van de verantwoordelijke personen moet volgen.¹⁵³ Hij acht het voorschrift van art. 119 Gw verenigbaar met de verplichtingen onder het EVRM nu de aanwijzing van de tot onderzoek bevoegde autoriteiten is overgelaten aan het nationale recht.¹⁵⁴ Alkema in zijn noot onder deze uitspraak komt tot een ander oordeel. Hij meent dat de eis van onafhankelijkheid (van degene die onderzoek doet, of daartoe besluit) zoals die voortvloeit uit de uitspraak in *Ramsahai/Nederland*¹⁵⁵, moet leiden tot wijziging van art. 119 Gw. Ook is hij van mening dat de in verband met de Schipholbrand gedane onderzoeken te mager zijn in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie (met name *Öneryildiz*)¹⁵⁶.

De Hoge Raad beperkt zich tot beoordeling van ontvankelijkheid van de klacht. Nu er geen last tot vervolging is gegeven, spreekt hij de niet-ontvankelijkheid van het beklag uit.

De klagers laten het er niet bij zitten en leggen hun klacht voor aan het Hof in Straatsburg. De klacht inzake art. 3 EVRM wordt kennelijk ongegrond verklaard. Het Hof maakt duidelijk dat bij niet-opzettelijke levensberoving de positieve verplichting niet vereist dat een strafrechtelijke re-

150. Stb. 1988, 477.

Art. 2, eerste lid:

Iedere Staat die Partij is bij dit Verdrag, neemt doeltreffende wetgevende, bestuurlijke, gerechtelijke of andere maatregelen ter voorkoming van foltering binnen elk onder zijn rechtsmacht vallend gebied.

Art. 12:

Iedere Staat die Partij is, draagt ervoor zorg dat zijn bevoegde autoriteiten een onverwijld en onpartijdig onderzoek instellen, wanneer er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat in enig gebied onder zijn rechtsmacht foltering heeft plaatsgehad

151. Art. 119: De leden van de Staten-Generaal, de ministers en de staatssecretarissen staan wegens ambtsmisdrijven in die betrekkingen geploegd, ook na hun aftreden terecht voor de Hoge Raad. De opdracht tot vervolging wordt gegeven bij koninklijk besluit of bij een besluit van de Tweede Kamer.

152. HR 19 oktober 2007, NJ 2008, 26, m.nt. Alkema, zie § 5.1-5.7 verslag A-G Langemeijer

153. Ibidem, § 7.7.

154. Ibidem.

155. EHRM 15 mei 2007 *Ramsahai/Nederland*, appl. 52391/99, § 322-325, 333-341, NJ 2007, 618, m.nt. Schalken.

156. Maar ook - in het kader van opzettelijke doodsoveroorzaking: Al Skicini, § 167-169.

medie beschikbaar is.¹⁵⁷ Het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid was volgens het Hof betrouwbaar en had bovendien geleid tot het aftreden van twee bewindslieden. Niets wijst erop dat de betreffende bewindslieden persoonlijk hun taken dusdanig hadden veronachtzaamd dat strafrechtelijke vervolging gerechtvaardigd zou zijn. Tezamen is dit volgens het Hof voldoende om aan te nemen dat zich geen schending heeft voorgedaan van de procedurele verplichting tot onderzoek die voortvloeit uit 3 EVRM.

Een aantal vragen blijft onbeantwoord. Zo weten we niet of de in art. 119 Gw neergelegde regeling strookt met de eis van onafhankelijkheid zoals deze eerder door het Hof is geformuleerd. Ik ben ertoe geneigd met Alkema te denken dat de last tot vervolging als vereist bij art. 119 Gw in strijd is met de door het EHRM geëiste onafhankelijkheid. Politieke belangen kunnen in de weg staan aan onafhankelijk en kritisch onderzoek naar de rol van overheidsfunctionarissen. Dergelijk onderzoek heeft het *politieke* verantwoordingsproces geenszins te doorkruisen. De Onderzoeksraad voor Veiligheid die de Schipholbrand onderzocht wordt in ieder geval door het Hof gekwalificeerd als 'an independent committee'.

Niet is duidelijk aan de hand van welke criteria het Hof het onderzoek van de Onderzoeksraad voor Veiligheid heeft beoordeeld.¹⁵⁸ Van belang is dat de onderzoekers erin zijn geslaagd de verantwoordelijke 'government institutions' te identificeren; dat lijkt toch niet meer dan een minimumvoorwaarde. Het Hof noemt het rapport verder 'extensive and detailed and highly critical' en 'reliable'. De vraag is echter in hoeverre het aftreden van de ministers bepalend is geweest voor dat oordeel; staat het aftreden de onafhankelijkheid en de grondigheid van het onderzoek?

De uitspraak geeft geen inzicht in de verhouding tussen de onderzoeksplichten die voortvloeien uit art. 3 en art. 2 EVRM. In *Öneryildiz/Turkije en Budayeva/Rusland*, art. 2-zaken, wordt de lat hoger gelegd dan in *Van Melle/Nederland*. Lawson merkt op dat de mate van overheidsfalen mogelijk een rol speelt bij de toets of aan de onderzoeksplicht is voldaan.¹⁵⁹ De Turkse en de Russische autoriteiten zouden ernstiger tekort zijn geschoten dan de Nederlandse, hetgeen een indringender (strafrechtelijk) onderzoek

157. EHRM 29 september 2009, Van Melle/Nederland, appl. 19221/08; NJ 2010, 36, m.nt Lawson (onder B).

158. De relevante overweging luidt: "The report, which was extensive and detailed and highly critical and which the Court is prepared to accept as reliable, identified specifically the Government institutions which it blamed for the failure to secure the safety of the detainees and for any inadequacy in the care given to them afterwards (i.e. the Ministry of Justice; the Ministry of Housing Spatial Planning and the Environment; and the Municipality of Haarlemmermeer). In fact, it led to the resignation of the two ministers responsible for the safety and care of the detainees on grounds of political responsibility". Van Melle, onder B.

159. Van Melle, onder B.

vereiste. Anderzijds kan volgens hem worden betoogd dat Nederland een bijzondere zorgplicht had ten aanzien van de gedetineerden in het cellencomplex bij Schiphol, zodat aan het onderzoek strenge eisen kunnen worden gesteld.¹⁶⁰ Hoc dan ook, een aantal kwesties blijft onbesproken en onduidelijk.

De betekenis van *Van Melle/Nederland* voor het immunitetsdebat moet niet worden overdreven. Allereerst omdat het een niet-ontvankelijkheidsbeslissing betreft, waarin het Hof niet grondig toetst. Ten tweede omdat *Van Melle/Nederland* niet direct over immunititeit gaat; de klacht richt zich op (vermeend) gepleegde ambtsmisdriven. Dat gezegd hebbende, de uitspraak is niet irrelevant voor de discussie over de vraag of de immunititeit naar Nederlands recht van staatsdienaren Straatsburg-proof is. Ook hier speelde een vervolgingsbeletsel een rol: het vereiste van een last tot vervolging (art. 119 Gw). En ook al gaat het Hof niet specifiek op deze klacht in, het feit dat een bestuurlijk onderzoek voldeed aan de (procedurele) verplichting onder art. 3 EVRM mag een aanwijzing zijn dat ingeval van (vermeend) overheidsfalen strafrechtelijk onderzoek niet altijd is vereist. Dit laat onverlet de inmiddels vaste jurisprudentie over art. 2 EVRM waar, onder bepaalde omstandigheden, strafrechtelijk onderzoek wel is vereist.¹⁶¹

5.2 EU

In de beklagzaak naar aanleiding van het sepot in de Otapan-zaak werd door Greenpeace onder meer een beroep gedaan op het Gemeenschapsrecht. Het Haagse Hof wijst dit beroep op het Europese recht af.¹⁶² Weliswaar verplicht het Gemeenschapsrecht onder bepaalde omstandigheden tot strafrechtelijke bescherming van het milieu, het vereist geenszins dat de Staat aansprakelijk kan worden gehouden.

Van belang is de Europese Richtlijn Milieubescherming 2008/99/EG.¹⁶³ Deze richtlijn wordt niet geschonden bij een beroep op immunititeit van strafvervolgning door de Staat. Allereerst vanwege het feit dat de richtlijn geen vervolgingsverplichting met zich meebrengt. Paragraaf (10) van de considerans bepaalt dat zij “[g]een verplichtingen schept met betrekking

160. Het verschil tussen de gebeurtenissen in Öneriyildiz en Budayeva enerzijds en de Schipholbrand anderzijds zou ook kunnen liggen in de strafrechtelijke reactie. In de art. 12 Sv-procedure oordeelde het Amsterdamse hof dat direct betrokken ambtenaren geen strafbare feiten hadden gepleegd (onvoldoende schuld of causaal verband). In dat licht is strafvervolgning van Verdonk en Donner vanuit EVRM-perspectief wellicht minder dringend.

161. Zie ook Roef 2012, p. 192.

162. Gerechtshof 's-Gravenhage, 12 december 2012, LJN BY6448, onder 6.1.

163. Richtlijn 2008/99/EG van 19 november 2008 inzake de bescherming van het milieu door middel van het strafrecht, L 328/28, Pb 6 december 2012.

tot de toepassing van deze sancties". Voorts maakt de richtlijn een uitzondering voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat en andere overheidslichamen. Art. 2 van de richtlijn bepaalt dat:

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder,

(d) rechtspersoon: iedere juridische entiteit die deze hoedanigheid krachtens het toepasselijke nationale recht bezit, met uitzondering van staten of overheidslichamen in de uitoefening van het overheidsgezag en van publiekrechtelijke internationale organisaties.

In het geval dat, zoals in Nederland, staatsfunctionarissen delen in de onvervolgbaarheid of niet-aansprakelijkheid van het betreffende overheidslichaam pakt deze bepaling niet goed uit. Uit *Öneryildiz* vloeit immers voort dat 'State officials or authorities'¹⁶⁴ ook strafrechtelijk aansprakelijk moeten kunnen worden gesteld als het gaat om typische overheidstaken zoals vergunninguitgifte, toezicht en handhaving (in verband met afvalbeheer).¹⁶⁵

Richtlijnen bevatten doorgaans minimumregels; Lidstaten mogen verder gaan dan de richtlijn voorstelt. Dat lijkt geëigend nu het taakcriterium zoals dat in art. 2(d) is neergelegd in bepaalde gevallen kan leiden tot strijdigheid met Straatsburgse rechtspraak. Het is overigens politiek gezien alleszins begrijpelijk dat men in EU-verband de kwestie van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat niet ter hand heeft willen nemen. Het overzicht in de volgende paragraaf maakt duidelijk dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat niet breed is geaccepteerd.

5.3 *Rechtsvergelijkende reflectie*

Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat is eerder uitzondering dan regel. Dit geldt in mindere mate voor aansprakelijkheid van decentrale overheidslichamen. Roef, in een bijlage bij het rapport van de Commissie Roelvink en in zijn proefschrift, brengt dat mooi in kaart.¹⁶⁶

164. *Öneryildiz*, § 117.

165. De handelingen die in *Öneryildiz* centraal stonden zouden als een delict in zin van art. 3, sub b van de Richtlijn, kunnen worden beschouwd.
Art. 3 (delicten)

"De lidstaten zorgen ervoor dat de volgende handelingen strafbaar worden gesteld als zij wederrechtelijk en opzettelijk of tenminste uit grove nalatigheid worden begaan: (...)

(b) het inzamelen, vervoeren, hergebruiken of verwijderen van afvalstoffen, waaronder het bedrijfstoezicht op deze procedures en de nazorg voor verwijderingslocaties, met inbegrip van de handelingen die door handelaren of makelaars worden verricht (afvalbeheer), waardoor de dood van of ernstig letsel aan personen dan wel aanzienlijke schade aan de kwaliteit van lucht, grond of water of aan dieren of planten wordt veroorzaakt dan wel dreigt te worden veroorzaakt."

166. Rapport Commissie Roelvink, bijlagen B, C en D, p. 45-69.

Kort gezegd komt het er op neer dat alleen Denemarken en Noorwegen voorzien in strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat. In Denemarken richt de aansprakelijkheid zich niet tot de Staat als geheel maar tot de deelorganisaties van de Staat. In het Noorse recht geldt een algemene bepaling waarin rechtspersonen, inclusief de centrale en decentrale overheid, strafrechtelijk aanspreekbaar zijn.¹⁶⁷ Frankrijk en België sluiten aansprakelijkheid van de Staat uit terwijl in Engeland de leer van de 'Crown immunity' in de weg staat aan vervolgbaarheid van de Staat. Zweden en Duitsland nemen een wat bijzondere positie in vanwege het adagium *societas delinquere non potest*; strafbaarheid van de rechtspersoon is niet geaccepteerd.

Met betrekking tot de decentrale overheid is het beeld meer geschaakt. België sluit bij wet aansprakelijkheid van lagere overheden uit terwijl Frankrijk en Denemarken een strafrechtelijke aansprakelijkheid voor lagere overheden toelaten, zij het dat deze beperkt is door het taakcriterium; immunititeit blijft bestaan voor *acta iure imperii*. Engeland en Noorwegen kennen deze beperking niet; decentrale overheden zijn aanspreekbaar ongeacht het kader waarbinnen het feit is gepleegd. In Duitsland en Zweden kunnen decentrale overheden worden beboet volgens het bestuursstrafrecht.

Tot slot is er nog de beperking van aansprakelijkheid en/of vervolgbaarheid naar het type delict (specialiteitsbeginsel). In Denemarken is er alleen aansprakelijkheid voor orderingsdelicten terwijl in Engeland aansprakelijkheid zich beperkt tot 'statutory offences', al dekken 'statutes' onder tussen een breed scala aan strafbare feiten.

Uit dit korte overzicht komt Nederland naar voren als een 'middenmoter'. De Nederlandse positie is geen uitzondering als het gaat om immunititeit van de Staat (zoals de Commissie Roelvink ook aangeeft). De immunititeit van decentrale overheden is in Nederland niet beperkt tot orderingsdelicten, maar kent wel het taakcriterium. De werking van dit criterium is sinds *Pikmeer II* aanzienlijk beperkt, maar blijkt nog steeds een belemmering zoals de beklagprocedure die volgde op de vuurwerkcramp in Enschede laat zien.

167. § 48a(2) in Engelse vertaling via http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATION AND TREATIES/PDFFILES/NOR_penal_code.pdf:

"When a penal provision is contravened by a person who has acted on behalf of an enterprise, the enterprise may be liable to a penalty. This applies even if no individual person may be punished for the contravention. Enterprise here means a company, society or other association, one-man enterprise, foundation, estate or public activity. The penalty shall be a fine. The enterprise may also by a court judgment be deprived of the right to carry on business or may be prohibited from carrying it on in certain forms, cf. section".

5.4 Concluderend

Straatsburgse rechtspraak noopt tot beperking van immuniteit. Ter bescherming van het recht op leven dient een staatsfunctionaris of een overheidslichaam aanspreekbaar te zijn in een strafprocedure. Twee wetgevende initiatieven reageren op de EHRM rechtspraak. Het voorstel van Wolfsen wil immuniteit geheel opheffen en het conceptvoorstel van de Minister van Justitie beperkt de werkingsfeer van immuniteit voor feitelijke leiding- en opdrachtgevers. Noch het EVRM noch de EU eist het opheffen van de immuniteit van de Staat. Uit het rechtsvergelijkende overzicht blijkt ook dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat een uitzondering is. Uit *Van Melle/ Nederland* kan (voorzichtig) worden geconcludeerd dat de onderzoeksplicht op grond van art. 3 EVRM niet te allen tijde een strafrechtelijk onderzoek eist. In geval van onvervolgbaarheid kan onverwijld en kritisch onderzoek door een onafhankelijke commissie dat leidt tot identificatie van de verantwoordelijke personen en/of instellingen, volstaan.

Uit de bespreking van EHRM-jurisprudentie blijkt dat het strafrecht een bijzondere rol heeft bij de bescherming van fundamentele rechten. Eenzelfde rol heeft het strafrecht bij de nakoming van volkenrechtelijke plichten ter bescherming van fundamentele rechten. Het gaat hier om de plicht zich te onthouden van het plegen van genocide, oorlogsmisdrijven, misdrijven tegen de mensheid en agressie. Desalniettemin staat ook in het volkenrecht, in bepaalde omstandigheden, immuniteit in de weg aan strafvervolgning.

In de volgende paragraaf zal ik kort ingaan op immuniteit in het internationale strafrecht. Het internationale perspectief helpt bij het duiden van immuniteit in het nationale strafrecht en geeft gelegenheid tot reflectie op immuniteit van de Staat en het taakcriterium dat immuniteit beperkt tot *acta iure imperii*.

6 Immuniteit in volkenrechtelijk perspectief

Het volkenrecht kent de nationale rechter jurisdictie toe in civilibus. Daarnaast kunnen Staten gedaagd worden voor het Internationaal Gerechtshof op de voet van art. 36 van zijn Statuut. Internationale civielrechtelijke aansprakelijkheid is geregeld in de 'Draft Articles of State Responsibility' van de International Law Commission (hierna ILC Artikelen).¹⁶⁸ De ILC Artikelen zijn in 2001 door de ILC vastgesteld en gelden als een codificatie van gewoonterecht.

168. Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/Res/56/83, Annex.

Vanuit de gedachte dat voor een bepaalde categorie regels (het verbod op agressie, genocide, apartheid en misdrijven tegen de mensheid) een verzwaaarde vorm van aansprakelijkheid zou moeten gelden, is een poging gedaan om strafrechtelijke aansprakelijkheid van Staten te ontwikkelen.¹⁶⁹ Art. 19 lid 2 ILC Artikelen (oud) kwalificeerde inbreuken op deze regels als 'international crimes'. Bezwaren ten aanzien van de sanctieoplegging (kan een Staat in de gevangenis worden gezet?) en de rechtsmacht (welke instituties kunnen strafrechtelijke staatsaansprakelijkheid vaststellen?) bleken onoverkomelijk en art. 19 haalde de definitieve versie van de ILC Artikelen niet.¹⁷⁰ Wel voorziet art. 40 van de ILC Artikelen in (civielrechtelijke) aansprakelijkheid voor ernstige schendingen van dwingend recht. Deze bepaling verschilt uiteindelijk niet fundamenteel van art. 19 lid 2, zij het dat de gewraakte kwalificatie 'crimes' is verdwenen en is vervangen door 'serious breach'.¹⁷¹ Art. 40 past beter bij het systeem van staatsaansprakelijkheid dat niet voorziet in punitieve sancties en een civielrechtelijk karakter heeft.¹⁷² Strafrechtelijke aansprakelijkheid in het volkenrecht is in de eerste plaats aansprakelijkheid van individuen.¹⁷³

6.1 *Volkenrechtelijke immunité*

Volkenrechtelijke immunité vloeit voort uit de soevereine gelijkheid van staten die meebrengt dat een Staat niet onderworpen kan worden aan het gezag van een andere Staat: *par in parem non habet imperium*.¹⁷⁴ Zoals we hieronder zullen zien is deze immunité niet 'necessary' maar 'voluntary'. Soevereine gelijkheid brengt mee dat de nationale autoriteiten in beginsel geen rechtsprekende of handhavende rechtsmacht hebben ten opzichte van (regeringsvertegenwoordigers van) vreemde staten.

169. Nollkaemper 2011, p. 403. Voor een bespreking van internationale strafrechtelijke aansprakelijkheid van staten, zie onder andere Weiler, Cassese & Spinedi 1989; Jørgensen 2000; Pellet 1999, p. 425-434.

170. Nollkaemper 2011, p. 403-404.

171. Art. 40 ILC Articles bepaalt,

1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation

Voor een vergelijking van art. 19(oud) en 40 ILC Artikelen zie: Wyler 2002, p. 1147-1160.

172. De sancties in de ILC Artikelen zijn van compensatoire aard. Zie ook Commentaar bij ILC Artikelen, § 5. Crawford 2002, p. 243.

173. Zie verder paragraaf 6.2.

174. Fox 2002, p. 12.

Immunititeit is een procedureel beletsel in civielrechtelijke procedures tegen een vreemde Staat en in strafrechtelijke of civielrechtelijke procedures tegen gezagsdragers van vreemde staten of hun regeringsvertegenwoordigers.¹⁷⁵

6.1.1 Staatsimmunititeit

Immunititeit van Staten is gewoonterecht dat grotendeels is gecodificeerd in het VN Verdrag inzake de immunititeit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen uit 2004 (VN-verdrag).¹⁷⁶ De nationale rechter heeft in beginsel geen rechtsmacht over een andere Staat.¹⁷⁷ Op deze regel bestaan echter enkele uitzonderingen. Allereerst komt een Staat geen beroep toe op immunititeit voor zover deze handelingen verricht op voet van gelijkheid met particulieren. Het onderscheid tussen *actua iure imperii* en *acta iure gestiones*, tussen de overheid 'als zodanig' en de overheid 'als particulier', is erkend in het volkenrecht.¹⁷⁸ Deze beperking van immunititeit dient de particulier bij het aangaan van privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen met een buitenlandse Staat.¹⁷⁹ Andere uitzonderingen op staatsimmunititeit betreffen civielrechtelijke kwesties als vorderingen die voortvloeien uit arbeidsverhoudingen, transacties inzake onroerende zaken en letselschade.¹⁸⁰ Daarnaast kan het EVRM worden genoemd als verdrag waaruit beperkingen op staatsimmuniteit voortvloeien. In *Cudak/Litouwen*, waarin een werknemster van de Poolse ambassade haar ontslag aanvocht en waarin Polen zich op immunititeit beriep, oordeelde het EHRM dat het toekennen van immunititeit een disproportionele beperking was van het recht op een eerlijk proces als neergelegd in art. 6 EVRM.¹⁸¹ In *Al Adsani*, een zaak die reeds eerder ter sprake kwam (paragraaf 5.1.1), oordeelde het EHRM echter dat staatsimmuniteit niet disproportioneel en dus niet in strijd met art. 6 EVRM was. Van belang is in dit kader ook de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof (IGI) in *Duitsland/Italië* over de (vermeende) onverenigbaarheid van staatsimmuniteit met de handhaving van *ius cogens*

175. Nollkaemper 2011, p. 123.

176. Trb. 2010, 272. Verder is voor Nederland van belang de Europese Overeenkomst inzake de immunititeit van Staten van 1972. Trb. 1973, 43. Zie nader Nollkaemper, 2011, p. 124.

177. Art. 5 van het VN-verdrag bepaalt: A State enjoys immunity, in respect of itself and its property, from the jurisdiction of the courts of another State subject to the provisions of the present Convention.

178. Bijvoorbeeld met betrekking tot commercial transactions bepaalt art. 10 van het VN-verdrag, "the State cannot invoke immunity from that jurisdiction in a proceeding arising out of that commercial transaction".

179. Nollkaemper 2011, p. 125. Zie over dit (problematische) onderscheid: Van Alebeek 2008, p. 10-101, i.h.b. p. 52.

180. Nollkaemper 2011, p. 126-128.

181. EHRM 23 maart 2010, *Cudak/Litouwen*, appl. 15869/02, § 74-75.

normen.¹⁸² Centraal stond de vraag of Duitsland een beroep op immunititeit toekwam in procedures in Italië tegen de Duitse Staat vanwege inbreuk op eigendomsrechten ten tijde van de Tweede Wereldoorlog. Italië meende dat de ernst van de geschonden normen (internationaal humanitair recht/oorlogsrecht) daaraan in de weg stond. Het IGH oordeelde dat immunititeit niet onverenigbaar is met de onrechtmatigheid van schendingen van het internationale humanitaire recht. Een onderscheid wordt gemaakt tussen de (materiële) normen van het internationale humanitaire recht en de (procedurele) regels van staatsimmunititeit. Nu het verschillende typen regels betreft, kunnen zij volgens het Gerechtshof niet met elkaar in conflict komen.¹⁸³ Voorts benadrukt het Gerechtshof het belang van staatsimmunititeit en soevereine gelijkheid.¹⁸⁴ Het internationaal (gewoonte)recht dwingt niet tot het opzij zetten van immunititeit bij schending van *ius cogens*-normen.¹⁸⁵

6.1.2 Individuele regeringsvertegenwoordigers

Volkenrechtelijke immunititeit van bepaalde gezagsdragers laat zich onderscheiden naar immunititeit *ratione materiae* en immunititeit *ratione personae*. In het eerste geval blijft immunititeit ook bestaan nadat degene die de Staat vertegenwoordigt niet meer in functie is.¹⁸⁶ Deze vorm van immunititeit, ook wel functionele immunititeit genoemd, geldt niet alleen voor Staatshoofden maar ook voor ministers van buitenlandse zaken.¹⁸⁷ Het gaat om personen die volgens het volkenrecht optreden “as representative of the

182. IGH 3 februari 2012 Duitsland/Italië, beschikbaar via < <http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf> > Zie voor meer uitgebreide bespreking het preadvies van Nico Schrijver.

183. Duitsland/Italië § 93: Assuming for this purpose that the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of *ius cogens*, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the Courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful”.

Eenzelfde onderscheid hanteert de Hoge Raad in zijn uitspraak in de Srebrenica-zaak waarin de Nederlandse Staat en de Verenigde Naties in een civiele zaak werd verweten de genocide in Srebrenica niet te hebben voorkomen, een van de verplichtingen onder het Anti-Genocideverdrag van 1949. HR 13 april 2012, LJN: BW1999, NJB 2012, 987.

184. Duitsland/Italië, § 57.

185. *Ibidem*, §81-91.

186. Congo/België, § 54.

187. Zie voor argumenten tegen dit standpunt: Congo/België, Dissenting Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, § 8-39. Van Alebeek 2008, p. 240-241, en CAVV Advies 2011, p. 33.

State solely by virtue of his or her office".¹⁸⁸ Voor gedragingen, die zij hebben uitgevoerd als vertegenwoordiger van de Staat en die als zodanig toerekenbaar zijn aan de Staat, blijven zij afgeschermd door immuniteit.¹⁸⁹

Immuniteit *ratione personae*, ook wel persoonlijke immuniteit genoemd, wordt toegekend aan diplomaten die de Staat gedurende een bepaalde periode in het buitenland vertegenwoordigen.¹⁹⁰ Deze vorm van immuniteit berust op de gedachte dat de diplomaat zonder belemmering zijn vertegenwoordigende werk voor de zendstaat moet kunnen doen: *ne impediatur legatio*.¹⁹¹ Diplomaten kunnen niet worden onderworpen aan de rechtsmacht van de ontvangende Staat. Deze immuniteit is volledig in de zin dat deze zowel handelingen in de publieke als in de private hoedanigheid betreffen.¹⁹² Wel geldt hun immuniteit slechts jegens de ontvangende Staat en voor de periode van de dienstbetrekking.¹⁹³ Voor zover de handelingen van de diplomatieke ambtenaar zijn aan te merken als handelingen van de Staat (ambtsgebonden handelingen), blijven deze na afloop van de dienstbetrekking afgedekt door immuniteit *ratione materiae*/functionele immuniteit.

6.2 Internationale misdrijven

Art. 7 van het Statuut van het Internationaal Militair Tribunaal (IMT) in Neurenberg bepaalt:

The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.

Sinds de oprichting van het Neurenberg Tribunaal en de aanvaarding van individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schendingen van het internationale recht, is het individu volkenrechtelijk rechtssubject en drager van volkenrechtelijke plichten. Zoals het Internationaal Militair Tribunaal (IMT) het verwoordt: "[c]rimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be

188. Congo/België, § 53.

189. Congo/België, § 54.

190. Vienna Convention, Trb 1962, 101. Art. 31 lid 1 Verdrag van Wenen inzake diplomatiek verkeer, Trb. 1984, 108.

191. Nollkaemper 2011, p. 137-140.

192. Dit is anders bij consulaire ambtenaren, zie Vienna Convention, Trb 1965, 40 en Trb 1981, 143. Art. 43 lid 1 Verdrag van Wenen inzake Consulaire Betrekkingen, Trb, 1986, 22.

193. Art. 39(2) Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961).

enforced”.¹⁹⁴ Het individu komt tevoorschijn vanachter de Staat. Dit werd nog eens benadrukt in het *Eichmann*-proces waar de rechtbank het beroep van Eichmann op de ‘Act of State’ doctrine afwees met de volgende overweging:

The contention of Learned Counsel that it is not the Accused but the state on whose behalf he had acted that is responsible for his criminal acts, is only true in its second part. It is true that under international law Germany bears not only moral, but also legal, responsibility for all the crimes that were committed as its own ‘Acts of State’, including the crimes attributed to the Accused. But that responsibility does not detract one iota from the *personal responsibility* of the Accused for his acts [cursief, *EvS*].¹⁹⁵

Het beginsel van individuele aansprakelijkheid is verder uitgewerkt in de verdragen waarin internationale misdrijven strafbaar worden gesteld en volgens welke ook de nationale rechter rechtsmacht over deze misdrijven toekomt. Genoemd kunnen worden: het Verdrag tegen genocide (1948)¹⁹⁶, de Geneefse Verdragen (1949) en de Toegevoegde Protocollen (1977)¹⁹⁷ die oorlogsmisdrijven strafbaar stellen, het VN verdrag tegen foltering (1984) en het VN verdrag inzake de bescherming tegen gedwongen verdwijningen (2006). Met de oprichting van de internationale tribunalen voor voormalig Joegoslavië (ICTY) en Rwanda (ICTR) in de jaren ‘90 en de inwerkingtreding van het Internationaal Strafhof (ISH) in 2002 is het individu in het internationale recht een volwaardig rechtssubject geworden naast de Staat.

De vraag of immunititeit van individuele gezagsdragers moet wijken voor vervolging van internationale misdrijven stond centraal in de *Congo/België (Yerodia)* zaak bij het IGH. De kwestie betrof de (on)rechtmatigheid van een aanhoudingsbevel dat was uitgevaardigd door België tegen de (zittende) Congolese minister van buitenlandse zaken ter zake van misdrijven tegen de mensheid. Het Gerechtshof oordeelde dat vervolging van een minister van buitenlandse zaken ter zake van internationale misdrijven niet geoorloofd is zolang deze persoon persoonlijke immunititeit geniet.¹⁹⁸ Een minister van buitenlandse zaken vertegenwoordigt, net als een Staatshoofd en een minister-president, de Staat, aldus het IGH.¹⁹⁹ Het Gerechtshof

194. IMT France et. al. v. Goering et. al., p. 466, Int’l Mil. Trib. 1946.

195. Het transcript van het proces is verkrijgbaar via <[http://nizkor.org/ftp.cgi/people/e/eichmann.adolf/transcripts/Judgment/Judgment-005](http://nizkor.org/ftp.cgi/people/e/eichmann.adolf/transcripts/ftp.py?people/e/eichmann.adolf/transcripts/Judgment/Judgment-005)>. Voor een nieuwe kijk op de ‘Act of State- doctrine’ als grondslag voor immunititeit zie Van Alebeek 2008, p. 147-156.

196. Parijs, 9 december 1948, Trb. 1960, 32.

197. Geneefse Conventies (1949), Geneve, 12 augustus 1949, Trb. 1951, 72, 73, 74, 75; Toegevoegde Protocollen, Bern, 8 juni 1977, Trb. 1978, 41, 42.

198. Congo/België, § 61.

199. Ibidem, § 53.

benadrukt voorts dat “[t]he immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy *impunity* in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts”.²⁰⁰ Immunititeit, zo wordt benadrukt, is een procedurele uitzondering, geen materiële vrijstelling.²⁰¹

Congo/België maakt duidelijk dat persoonlijke immunititeit onaangetast blijft, ook als de aanklacht internationale misdrijven betreft. De rationale van dit oordeel ligt in het belang van de ongestoorde internationale betrekkingen; een aanhoudingsbevel zou deze betrekkingen belemmeren.²⁰² Daarnaast is persoonlijke immunititeit van belang als teken van waardigheid en respect uit hoofde van het beginsel van soevereine gelijkheid.²⁰³ Vanwege dat soevereine gezag is een terughoudende houding van de nationale rechter op haar plaats ten aanzien van (zittende) buitenlandse regeringsvertegenwoordigers.²⁰⁴

De vraag of functionele immunititeit van gewezen Staatshoofden (Pinochet, Bouterse) en regeringsvertegenwoordigers iedere strafvervolging uitsluit, blijft na deze uitspraak onbeantwoord.²⁰⁵ De statenpraktijk is verdeeld.²⁰⁶ Zo wordt door sommigen aangehangen dat een uitsluiting van functionele immunititeit volgt uit het adagium dat voor internationale misdrijven wordt gestreefd naar een ‘end to impunity’. Deze positie is controversieel vanwege het onderscheid tussen immunititeit en materiële normen

200. Ibidem, § 60. Zie ook de ILC: “Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction is procedural and not substantive in nature. It is an obstacle to criminal liability but does not in principle preclude it”, ILC report on immunity 2008, p. 51.

201. Voor een scherpe verwerping van dit oordeel en het onderscheid tussen ‘procedural immunity’ en ‘substantive immunity’ zie *Congo/België* Dissenting Opinion Judge Van den Wyngaert, § 31.

202. Zie ook IGH 4 juni 2008 *Djibouti/France* (Case concerning certain questions of mutual assistance in criminal matters), § 170: “[t]he determining factor in assessing whether or not there has been an attack on the immunity of the Head of State lies in the subjection of the latter to a constraining act of authority”, Akande & Shah 2010, p. 819-820.

203. Zie CAVV-advies 2011, p. 16.

204. Volgens het CAVV geldt deze terughoudendheid ook voor de civiele rechter, niet zozeer vanwege de door het IGH in *Congo/België* genoemde belemmeringen in de internationale verhoudingen (die zijn bij strafvervolgning nu eenmaal ingrijpend), maar juist vanwege het ‘gezag’-argument. CAVV-rapport 2011, p. 16.

205. Het gaat hier immers over immunititeit van een ‘incumbent’ (zittende) minister van Buitenlandse Zaken, *Congo/België*, § 51.

206. Het Instituut de Droit International heeft zich uitgeproken tegen functionele immunititeit als vervolgingsuitsluitingsgrond bij een strafvervolgning van internationale misdrijven (a contrario redenerend: “[n]o immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes”), art. III, eerste lid, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State, *Annuaire d’Institut de droit international*, Session de Naples (2009), beschikbaar via <www.idi-il.org/idiE/resolutionsE/2009_naples_01_en.pdf>.

(‘immunity is no impunity’). Anderen menen dat het plegen van internationale misdrijven niet kan worden aangemerkt als *acta iure imperii* en daarmee niet in aanmerking komt voor immunité.²⁰⁷ Ook dit is een aanvechtbare redenering; misdrijven als genocide, misdrijven tegen de mensheid en foltering worden meestal door of namens een Staat gepleegd. De benadering dat internationale misdrijven niet alleen aan de Staat maar ook aan de natuurlijk persoon kunnen worden toegerekend, vanwege internationale erkenning van het beginsel van individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid, spreekt daarentegen wel aan.²⁰⁸ De hierboven genoemde verdragen vereisen strafbaarstelling, en soms zelfs strafvervolgning, van misdrijven die overheidsbetrokkenheid impliceren dan wel expliciet benoemen. Zo is er slechts sprake van foltering als er een “public official or other person acting in an official capacity” bij betrokken is²⁰⁹ en bepaalt art. 4 van de Genocide Conventie dat worden gestraft zij die genocide plegen “[w]hether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals”.²¹⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat een voormalig Staatshoofd of regeringsvertegenwoordiger geen beroep toekomt op (functionele) immunité ten overstaan van de nationale strafrechter.

Ingevolge *Congo/België* kunnen zittende Staatshoofden en regeringsvertegenwoordigers wel een beroep doen op persoonlijke immunité. De stand van het internationale recht laat (vooralsnog) geen andere opvatting toe (het is een andere vraag of deze uitgangspositie wenselijk is)²¹¹. Staten hechten aan het behoud van volledige immunité voor een beperkte groep (zittende) regeringsvertegenwoordigers vanwege het belang van de internationale rechtsbetrokkingen en vanwege respect voor het uit soevereine gelijkheid voortvloeiende gezag.²¹² Nederland heeft zich in de Wet Internationale Misdrijven (WIM)²¹³ aangesloten bij deze stand van het recht.²¹⁴ Art. 16, onderdeel a, WIM (te beschouwen als *specialis* van art. 8 Sr) bepaalt dat strafvervolgning voor internationale misdrijven is uitgesloten

207. Zie Gerechtshof Amsterdam, 20 november 2000, NJ 2001, 51, r.o. 42 (Bouterse); Opinion Lord Browne-Wilkinson, R. v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet, House of Lords, 24 maart 1999. Zie Nollkaemper 2011, p. 132-133.

208. Deze benadering is uitgewerkt door Van Alebeek 2008, p. 222-295 en te vinden in het CAVV Advies 2011, p. 20-29, i.h.b. p. 20-21.

209. Zie ook hetgeen in paragraaf 5.1.3 werd gezegd over foltering en de eis van art. 119 Gw (last tot vervolging).

210. Zie voor een analyse van (impliciete) overheidsbetrokkenheid bij internationale misdrijven het CAVV Advies 2011, p. 22-24.

211. Zie het onderscheid tussen ‘state of the law arguments’ en ‘policy arguments’ dat Van Alebeek consequent hanteert. Van Alebeek 2008, hoofdstukken 5 en 6.

212. Van Alebeek 2008, p. 271-274; Nollkaemper 2011, p. 133.

213. Wet ter implementatie van het 19 juni 2003, Stb. 270.

214. Kamerstukken II 2001-2002, 28 337, nr. 3, p. 20-23.

ten aanzien van “buitenlandse Staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, *zolang zij als zodanig in functie zijn* [EvS]...”.²¹⁵ Met betrekking tot immuniteit van voormalige Staatshoofden en regeringsleiders schrijft de regering, “[d]at de functionele immuniteit die betrokkenen genieten na afloop van hun ambtsperiode waarschijnlijk niet in de weg zal staan aan de uitoefening van rechtsmacht door de Nederlandse strafrechter, indien het gaat om een gerede verdenking van internationale misdrijven. Het uiteindelijke oordeel hierover ligt bij de rechter.”²¹⁶

Ten overstaan van een internationaal tribunaal of hof komt staatsfunctionarissen geen beroep toe op immuniteit, noch op persoonlijke immuniteit noch op functionele immuniteit. Zittende Staatshoofden kunnen worden vervolgd en berecht door internationale tribunalen en/of hoven. Een goed voorbeeld is de aanklacht tegen Al-Bashir bij het ISH.²¹⁷ Vanwege de supranationale positie van internationale hoven geldt de fundamentele regel van soevereine gelijkheid niet.²¹⁸

7 Tussenconclusie

Aan dit ‘uitstapje’ naar het internationale recht kan een aantal inzichten worden ontleend. Alvorens deze uiteen te zetten, zet ik een aantal conclusies uit het voorgaande onder elkaar.

Allereerst blijkt uit het voorgaande dat immuniteit in het internationale recht voortvloeit uit soevereine gelijkheid, oftewel *par in parem non habet imperium*. Als zodanig vervult zij een belangrijke rol in het diplomatieke verkeer en is zij een weerspiegeling van respect, waarde en gezag. Ten tweede, dat immuniteit van de Staat in beginsel volledig/absoluut is. Desalniettemin heeft de nationale rechter rechtsmacht over vreemde staten en hun vertegenwoordigers als het gaat om activiteiten waar staten op voet van gelijkheid met particulieren rechtsbetrekkingen aangaan, (*acta iure gestionis*). Immuniteit blijft evenwel in stand ten aanzien van publieke

215. Zie ook Aanwijzing afdoening van aangiften met betrekking tot de strafbaarstellingen in de Wet Internationale Misdrijven, 20 december 2011, Stcrt 2011, nr. 22803, paragraaf 3.1.1. “Strafvervolgning in het kader van deze wet is uitgesloten ten aanzien van buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, zolang zij in functie zijn, alsmede andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrechtelijk gewoonterecht wordt erkend.”

216. Regeringsreactie op CAVV-advies, Kamerstukken II, 2011-2012, 33 000 V, nr. 9, p. 4.

217. ICC-02/05-01/09, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, First warrant of Arrest, 4 maart 2009.

218. Art. 27 van het ISH Statuut bepaalt (in vertaling): “Immuniteit of bijzondere procedurele regels die mogelijk verbonden zijn aan de officiële hoedanigheid van een persoon, krachtens nationaal of internationaal recht, vormen voor het Hof geen beletsel voor het uitoefenen van zijn rechtsmacht over deze persoon.”

taken van de Staat (*acta iure imperii*). In die gevallen wordt gesproken van beperkte of restrictieve immunité. Ten derde dat de ontwikkeling van internationale misdrijven, een type criminalitéit dat overheidsbetrokkenheid impliceert, de reikwijdte van immunité heeft beperkt.

7.1 'Voluntary' en 'substantive immunity'

Bij deze korte schets van volkenrechtelijke immunité zijn twee – conceptuele – kanttekeningen te plaatsen. Allereerst is er incoherentie tussen absolute Staatsimmunité enerzijds en partiële/restrictieve immunité (immunité met betrekking tot bestuurstaken (*acta iure imperii*)) van de Staat anderzijds. Beide vormen van immunité kunnen niet aan dezelfde soevereiniteitsregel – *par in parem non habet imperium* (het beginsel van soevereine gelijkheid) – ontleend zijn nu ze elkaar uitsluiten. Een Staat die absolute immunité geniet kan niet worden onderworpen aan de rechtsmacht van vreemde rechters met betrekking tot niet-bestuurstaken.

Van Alebeek laat zien dat aan het verschil tussen absolute immunité en partiële/restrictieve immunité een verschil in visie op immunité ten grondslag ligt. Het komt er op neer dat het beginsel van soevereine gelijkheid niet meer de enige rationale van staatsimmunité is. Andere belangen, zoals de bescherming van de burger/particulier, spelen eveneens een rol bij het bepalen of een Staat of diens functionarissen een beroep op immunité toekomt. Daarmee is het beginsel van soevereine gelijkheid niet geheel irrelevant geworden. In tegendeel, zoals blijkt uit de *Congo/België*-zaak wordt aan waardigheid, gelijkheid en onafhankelijkheid groot belang gehecht. Het is echter niet meer te kwalificeren als beginsel waaruit dwingend (volledige) staatsimmunité voortvloeit. *Par in parem non habet imperium* is te beschouwen als een 'voluntary' immunitétsregel.²¹⁹ Volledige staatsimmunité is geen dogma; er is sprake van immunité voor zover de staten dat gezamenlijk willen, zoals bij diplomatieke/persoonlijke immunité. De verdragen die daarop zien, zijn een uitdrukking van die collectieve wil.²²⁰

Een tweede conceptuele kanttekening kan worden geplaatst bij de aard van functionele immunité. Deze wordt als 'substantive immunity' onderscheiden van diplomatieke/persoonlijke immunité en staatsimmunité die als 'procedural immunity' te boek staan.²²¹ Staatsimmunité en diplomatieke/persoonlijke immunité als 'procedural immunity' vloeien rechtstreeks voort uit een visie op vervolgbaarheid en de mate waarin machts-

219. Van Alebeek 2008, p. 63.

220. Immunité voor *acta iure imperii* is daarentegen 'necessary' en kan worden vastgesteld aan de hand van statenpraktijk en *opinio iuris*, ergo het gewoonterecht.

221. ILC Report on Immunity 2008, § 64-65.

uitoefening over andere staten gecoördiseerd is. Functionele immuniteit daarentegen hangt samen met een visie op strafwaardigheid en daderschap. Anders gezegd, functionele immuniteit heeft een materiële grondslag. Hier kan worden teruggegrepen op wat ik eerder opmerkte over drukpersdelicten in het Nederlandse strafrecht. Ook daarbij gaat het om een vorm van immuniteit die samenhangt met een visie op de strafwaardigheid van een bepaalde gedraging.

7.2 *Belang voor Nederlandse discussie*

Alvorens in te gaan op het belang van voornoemde inzichten voor het Nederlandse debat, schets ik kort de verschillen en overeenkomsten van immuniteit in het nationale en internationale (straf)recht.

Een verschil tussen nationale en volkenrechtelijke immuniteit betreft soevereiniteit. Volkenrechtelijke soevereiniteit betreft zelfstandigheid en onafhankelijkheid van een Staat tegenover andere Staten terwijl binnen een Staat soevereiniteit als het hoogste gezag geldt. Dat verschil moeten we overigens niet overdrijven. Het betreft vooral de verhouding ten opzichte van wie de soevereiniteit wordt uitgeoefend: andere Staten of onderdanen. In de kern zien beide vormen van soevereiniteit op hetzelfde: onafhankelijkheid.

Een ander verschil ziet op het daderschap van staatsfunctionarissen. In het internationale recht is deze niet accessoir aan het daderschap van de rechtspersoon. Strafbaarheid voor internationale misdrijven is geconcentreerd op het individu, vanuit eigen daderschap. Het idee van aansprakelijkheid van bestuursfunctionarissen uit hoofde van eigen daderschap, reeds aangestipt in het kader van de Straatsburgse rechtspraak over positieve verplichtingen, zou een impuls kunnen krijgen door het volkenrechtelijk strafrecht als uitgangspunt te nemen. Er schuilt echter een bezwaar in de constructie dat niet de overheid, maar alleen het individu strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Reeds eerder noemde ik redenen die pleiten tegen een eenzijdige focus op eigen daderschap voor overheidscriminaliteit: daarbij is er onvoldoende zicht op de 'hand' van de overheid in deze misdrijven, de georganiseerde en publiekrechtelijke aard van de misdrijven.²²² Bovendien leert de praktijk van het internationale strafrecht dat eigen daderschap voor staatscriminaliteit het schuldbeginsel uitholt.²²³ Tegen deze achtergrond is de kritiek op het conceptwetsvoorstel van de Minister van Justitie waarin wordt voorgesteld om ten aanzien van immuniteit de band tussen feitelijke leiding- en opdrachtgevers en de publiek-

222. Zie paragrafen 4.1 en 5.1.1.

223. Zie onder andere Danner & Martinez 2005, p. 75-100; Van Sliedregt 2012, p. 1171-1188.

rechtelijke rechtspersoon door te snijden en de immuniteit van de laatste te behouden, begrijpelijk.²²⁴

Een belangrijke overeenkomst tussen volkenrechtelijke immuniteit van Staten (en hun vertegenwoordigers) en immuniteit in het nationale strafrecht is dat in beide gevallen soevereiniteit wordt genoemd als grondslag voor immuniteit. Dit argument, dat in de Nederlandse discussie vooral door constitutionele deskundigen wordt genoemd, zal hieronder nader worden uitgewerkt. Daarnaast kan als overeenkomst het onderscheid tussen *acta iure gestiones* en *acta iure imperii* (het taakcriterium) worden genoemd; dit wordt zowel in het nationale strafrecht als in het internationaal publiekrecht als aanknopingspunt gebruikt ter beperking van immuniteit. In het internationaal recht werd het onderscheid oorspronkelijk gebruikt in het commerciële rechtsverkeer. Dit benadrukt de civielrechtelijke aard van het taakcriterium, iets waar Roef ook op wijst in zijn analyse van dit immuniteitscriterium.²²⁵ Zoals bleek uit de discussie over internationale misdrijven, is het taakcriterium ongeschikt ter beperking van 'overheidscriminaliteit'. Internationale misdrijven vinden juist plaats in het kader van overheidstaken: oorlogvoering en het beschermen van de nationale veiligheid. Op een heel ander niveau maar in de kern gelijk, geldt dit ook voor vergunninguitgifte, toezicht en handhaving leidende tot opzettelijke en niet-opzettelijke milieuvervuiling en het schenden van veiligheidsvoorschriften. Zoals de bespreking van de kwesties Otapan, Enschede en Schiphol heeft laten zien, blokkeert het taakcriterium vervolging van juist diegenen die vanuit hun publieke hoedanigheid aanspreekbaar zouden moeten zijn.

Drie inzichten ontleen ik aan de discussie over immuniteit in het internationale publiekrecht. Allereerst dat soevereiniteit, in de zin van onafhankelijkheid, een grondslag is voor immuniteit van de Staat. Ten tweede dat uit soevereiniteit niet *eo ipso* absolute immuniteit van de Staat voortvloeit. Immuniteit van de Staat heeft veeleer te maken met visies op (het gezag van) de Staat. Ten derde illustreert de discussie over internationale misdrijven en functionele immuniteit de ongeschiktheid van het taakcriterium en laat zij zien hoe gewijzigde inzichten omtrent strafwaardigheid van bepaalde gedragingen deze vervolgingsuitsluiting grond ondergraven.

224. De Hullu 2012, p. 337; Roef 2007, p. 247.

225. En dat aan hem de vraag ontlokt of het wel geschikt is voor het strafrechtelijk domein Roef 2001, p. 246 en voetnoot 671.

8 Immunititeit opnieuw bezien

Na het Europeesrechtelijke kader met de daaruit voortvloeiende verplichtingen te hebben besproken en het volkenrechtelijke perspectief te hebben geschetst, keer ik terug naar immunititeit in het Nederlandse strafrecht.

8.1 *Positie van de Staat*

Wat rechtvaardigt het verschil tussen absolute immuniteit voor de Staat en partiële immuniteit voor decentrale overheden? Het antwoord is: de bijzondere positie van de Staat. Wat maakt de Staat bijzonder? En aangenomen dat de Staat een bijzondere positie heeft, rechtvaardigt die het verschil tussen partiële en absolute immuniteit van jurisdictie?

In de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur worden verschillende argumenten genoemd ter rechtvaardiging van immuniteit en een uitzonderingspositie van de Staat. Drie (principiële) argumenten verdienen nadere bestudering: het gezag van de Staat, het algemeen belang dat de Staat behartigt, en soevereiniteit, oftewel de Staat die boven de partijen staat, als drager van de rechtsorde.

8.1.1 Gezag

De Staat is een organisatie die gezag uitoefent over een gemeenschap van mensen op een bepaald grondgebied. De Staat onderscheidt zich van andere organisaties, zoals een provincie of een gemeente, door de aard van het gezag dat wordt uitgeoefend. Dit gezag is soeverein, dat wil zeggen exclusief en alomvattend.

'Gegaz' heeft een tweeledige betekenis, gezag in de zin van macht, en gezag als autoriteit, als het hoogste gezag. Deze laatste vorm van gezag heeft in Nederland het Staatshoofd. Op die grond kent art. 42 lid 2 van de Grondwet het Staatshoofd immuniteit toe. Geen andere staatsinstelling kan dwingend gezag uitoefenen over de Koning. Dit betekent in de eerste plaats dat de Koning geen verantwoordelijkheid is aan het parlement of aan een andere staatsinstelling. Daarnaast vloeit uit deze bepaling voort dat de Koning niet strafrechtelijk vervolgd kan worden. De vorst kan niet door onderdanen worden berecht (*parem autem non habet in regno suo*).²²⁶ In Engeland wordt de positie van de vorst uitgedrukt in het adagium: 'the King can do no wrong'.²²⁷ Een 'King' die een 'wrong' begaat, is geen Koning.²²⁸ Na de Glorious Revolution en de vaststelling van 'parlementa-

226. Bracton, 1569, Vol. II, p. 32-33.

227. Ibidem.

228. Van Roosmalen p. 20-21.

ry sovereignty' (met een 'King in Parliament') kreeg dit adagium een andere invulling in de vorm van 'Crown immunity'.²²⁹ In Engeland geldt voor de centrale overheid, de Crown, absolute strafrechtelijke immunité. De vraag is nu of de Nederlandse Staat eenzelfde positie toekomt.

Het antwoord op deze vraag hangt samen met de staatsopvatting die men huldigt: de romantische mythe van de eenheidsstaat of een realistische kijk waarbij de Staat te vergelijken is met een modern bedrijf.²³⁰ Mulder lijkt de eerste opvatting te huldigen. In zijn noot onder het Tilburgse verkeersdrempelearrest meent hij dat "[d]e onschendbaarheid van het Staatshoofd de onschendbaarheid van de Staat, waarvan zij het eenheidssymbool is, impliceert".²³¹ Deze opvatting lijkt ook schuil te gaan achter het *Volkel*-arrest. Corstens daarentegen huldigt een realistische opvatting: "de staat is een organisatievorm van een samenleving, een door het recht geregeld complex van ambten, en heeft niets heiligs of verhevens".²³²

In de Nederlandse discussie over immunité en aansprakelijkheid lijkt de realistische opvatting het te winnen van de romantische opvatting. Gezag en de hoogheid van de Staat spelen nauwelijks een rol in het debat. Dat strafvervolgning afbreuk zou doen aan het gezag van de Staat wordt niet aangevoerd als argument tegen opheffen van immunité van de Staat. Het omgekeerde argument geldt: de Staat zou aan gezag winnen als hij zich aan de zelf gestelde wetten houdt. Witteveen stelt dat zelfbinding van de overheid een "[r]ealistische strategie [is, *EvS*] voor elke overheid die gezag nodig heeft bij zijn onderdanen".²³³ Deze opvatting, die hij 'rechtsstatelijk realisme' noemt, ligt ten grondslag aan het wetvoorstel van Wolfsen en is terug te vinden in het rapport van de Commissie Roelvink.²³⁴

In de ons omringende landen speelt de soevereine (in de zin van hoogste) aard van het gezag wel een rol in de discussie over immunité. Het voorbeeld van Engeland is reeds genoemd. Terwijl ook daar stemmen opgaan om immunité van de Staat op te heffen, is deze vooralsnog stevig verankerd in de leer van de 'Crown immunity'.²³⁵ Corstens wijst nog op de strafrechtelijke immunité van de Staat in het Franse recht.²³⁶ Hij ziet ver-

229. Zie voor een overzicht: Van Roosmalen, p. 14-26, 36-44, 53-64. Over Crown immunity: *Dyson v AG* [1911] 1 KB 410. Zie ook Rapport Commissie Roelvink, p. 45-47.

230. Brants 1996, p. 514.

231. IIR 27 oktober 1981, NJ 1982, 474 m.nt. GEM.

232. HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598, m.nt. Corstens.

233. Witteveen 1998a, p. 6.

234. Zie bijvoorbeeld Roef 1995, p. 343-344; Roef 2007, p. 242-243; Rapport Commissie Roelvink, p. 6.

235. Crown immunity kent een beperkt aantal uitzonderingen Zoals voor verkeersdelicten strafbaar gesteld in de Road Traffic Offenders Act 1972 en een aantal bijzondere wetten die zien op milieubescherming en voedselveiligheid. Zie Rapport Commissie Roelvink, p. 53-54.

236. Neergelegd in 121-2 van de Code Pénal: les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement.

schillen met de Nederlandse positie: “daar kijkt men, naar ik meen te weten, toch iets minder relaterend naar de staat dan wij plegen te doen. Het feit dat het daar een republiek en hier een monarchie is, verandert daaraan niets.”

Terwijl gezag in de internationale betrekkingen en de externe relatie met andere Staten (zie paragrafen 6.1 en 7) een belangrijk argument is ten faveure van immuniteit van de Staat, speelt het in Nederland geen rol van betekenis. Het leidt niet tot een uitzonderingspositie, en dus immuniteit van jurisdictie, van de Staat.

8.1.2 Algemeen belang

De identificatie met het goede, zoals die lijkt voort te vloeien uit ‘the King can do no wrong’, doet denken aan de overweging in *Volkel*, dat “de handelingen van de Staat geacht moeten worden te strekken tot de behartiging van het algemeen belang”.²³⁷

Het behartigen van het algemeen belang wordt met name door de Raad van State als argument gebruikt om te pleiten voor immuniteit van de overheid. Niet eigen doelen en belangen beheersen het handelen maar het algemeen belang. Strafvervolgning van de overheid, decentraal en centraal, kan volgens de Raad het uitvoeren van de overheidstaak belemmeren.²³⁸ Dit argument heeft nauwelijks navolging gekregen en is met name sinds *Pikmeer II*, vanwege de beperking van de reikwijdte van het taakcriterium, achterhaald.²³⁹ De Minister van Justitie, in antwoord op het advies van de Raad, maakt duidelijk dat algemeen belang niet een algemene uitzondering op de regel van strafrechtelijke aansprakelijkheidsstelling kan dragen.²⁴⁰ Ook rechtvaardigt het niet de bijzondere positie van de Staat. Voor andere publiekrechtelijke rechtspersonen geldt immers eveneens dat zij beogen het algemeen belang te behartigen.

De vraag is wat de Hoge Raad in *Volkel* heeft bedoeld met de verwijzing naar het algemeen belang. De overweging kan ook zo worden gelezen dat het woord ‘algemeen’ duidt op veelomvattendheid van de taak en niet op

237. IIR 25 januari 1994, NJ 1994, 598, m.nt. Corstens, r.o. 6.1.

238. Kamerstukken II 1999-2000, 25 294, A, p. 5.

239. Het ‘algemeen belang’ speelt bij aansprakelijkheid in het civiele recht nauwelijks een rol als het gaat om toekenning van schadevergoeding op grond van ex 6:162 BW. Zo is de constructie aanvaard dat schadevergoeding wordt uitgekeerd vanwege een ‘rechtmatige overheidsdaad’, d.w.z. een handeling, uitgevoerd in het algemeen belang maar desalniettemin schadeveroorzakend: IIR 19 december 1952, NJ 1953, 642 (Voorste Stroom VII). Ook de relativiteitsleer waarbij de behartiging van het algemeen belang niet meebrengt dat belangen van bepaalde (groepen) personen niet geschonden kunnen worden, relativiseert het algemeen belang-argument. Zie ‘De onrechtmatige overheidsdaad’, in Asser/Hartkamp/Sieburgh, 12e druk, p. 303-306.

240. Ibidem, p. 7.

een identificatie met het goede.²⁴¹ Het vervolg van de overweging over algemeen belang luidt: "daartoe kan de Staat door wet- en regelgeving, bestuur, feitelijke gedragingen of anderszins zich *alle aangelegenheden* aantrekken [cursief, *EvS*]". Het straffen van de Staat vanwege het schenden van een veelomvattende en daarmee weinig concrete taak, zou daarmee slechts een symbolische betekenis hebben.

Wat daarvan zij, de werkelijkheid is weerbarstig, zo blijkt uit de gebeurtenissen in Enschede en Schiphol. Het behartigen van het algemeen belang staat in schril contrast met grove nalatigheid als gevolg waarvan doden zijn te betreuren. Het algemeen belang-argument (evenals het taakcriterium) wordt ook gerelativeerd door de Straatsburgse jurisprudentie over positieve verplichtingen ter bescherming van het recht op leven en ter vrijwaring van foltering.²⁴² Bij dit alles moeten we bedenken dat men ten tijde van *Volkel* en de Pikmeerjurisprudentie niet kon bevroeden dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid zou voortvloeien uit culpoos nalaten met dermate ernstige gevolgen.

Algemeen belang is zo gezien geen grond voor een uitzonderingspositie van de Staat. Wel kan een rol spelen de diffuusheid en veelomvattendheid van de taak van de Staat. Dit is met name van belang voor de vraag wat we beogen met strafbaarstelling van de Staat.

8.1.3 Soevereiniteit: de Staat als drager van de rechtsorde

Soevereiniteit kent vele betekenissen, maar in de kern duidt de term op iemand of iets die/dat bij uitstek verheven en onafhankelijk is.²⁴³ Afhankelijk van de tijdsgeest (absolutisme, Amerikaanse en Franse revolutie) en de politieke theorie (de verdragstheorie van Hobbes, Bodin's staatsleer, of de leer van de volkssoevereiniteit) die men aanhangt, kent soevereiniteit verschillende dragers: de Koning, de Staat, het individu, de volkswil.²⁴⁴ Uit soevereiniteit vloeit gezag voort. Gezag kwam zojuist ter sprake ter duiding van verschillende staatsvisies. In het onderstaande ga ik (kort) in op soevereiniteit als argument tegen het opheffen van immuniteit van de Staat.

De opvatting van soevereiniteit als hoogste interne rechtsmacht van de Staat impliceert vrijheid en onafhankelijkheid en 'boven de partijen staan'. Aanhangers van de strikte staatssoevereiniteitgedachte zien soevereiniteit als kenmerk van machtsvolkomenheid waaruit alle recht zijn oorsprong

241. Zoals Brants lijkt te suggereren met een verwijzing naar het adagium 'The King can do no wrong'. Brants 1996, p. 509-532. Zie verder paragraaf 8.1.2.

242. Zie paragraaf 5.1.

243. Volgens Jean Bodin is soeverein degene, "qui ne reconnoist plus grand que soy apres Dieu". Van der Tang 1991, p. 5.

244. Ibidem, p. 12-18.

vindt.²⁴⁵ De Staat gaat vooraf aan het recht en de rechtsorde. Als bron van alle recht is de Staat als zodanig buiten het door hem geëcreerde recht te plaatsen. Volgens Hoogers kan de Staat niet zelf aan de strafwet worden onderworpen. Dat de Staat zichzelf (via een soevereine beslissing: het instellen van het BW) rechtspersoonlijkheid heeft gegeven, betekent niet dat hij kan worden gelijkgesteld aan gewone rechtspersonen en dus strafbaar kan zijn op grond van art. 51 Sr. Dat zou getuigen van een innerlijke tegenspraak.²⁴⁶ Wel kunnen volgens hem overheidsdienaren aan het strafrecht worden onderworpen. De Staat staat boven de wet, zijn dienaren niet.²⁴⁷ Ook Boersma is van mening dat de Staat als drager van soevereiniteit niet aan het strafrecht kan worden onderworpen.²⁴⁸ Daden van de overheid kunnen wel ter beoordeling aan de strafrechter worden voorgelegd, maar dat betreft het optreden van individuele ambtenaren en niet van de Staat als zodanig.²⁴⁹

Los van de vraag of in Nederland soevereiniteit bij de Staat berust (uit de wet blijkt dat niet heel duidelijk²⁵⁰) en de vraag of een strikte visie op staatsimmunitet strookt met het hedendaagse soevereiniteitsbegrip (Witteveen meent van niet²⁵¹), is de discussie over soevereiniteit interessant ter illustratie van de onafhankelijke positie van de Staat. De discussie laat zien dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat vooral 'hangt' op de soevereine/onafhankelijke positie van de Staat. Vanuit dat perspectief ontstaat de anomalie van de Staat als drager van en deelnemer aan de rechtsorde. Ook speelt hierbij de eenheid van de Staat een rol. Het zijn precies deze punten die ook in strafrechtskringen tot discussie hebben geleid.

Reeds in 1988 schrijft Strijards: "de staat die zich via het ene orgaan regels stelt en zich via het andere tuchtigt, maakt op mij een enigszins belachelijke indruk van de man die zich uit zelfkastijding enige kletsende slagen om het hoofd geeft".²⁵² En volgens Van Strien is vervolgbaarheid van de Staat niet mogelijk nu de vervolgende instantie en de vervolgte persoon identiek zijn.²⁵³ Het laatste argument wordt door Corstens verworpen door te wijzen op de mythe van de eenheid van de Staat, deze is daarentegen verkokerd, waarmee hij ook het vestzak-broekzak argument nuanceert.²⁵⁴ Het punt van de 'zelfkastijding' wordt door onder anderen Roef

245. Ibidem, p. 20.

246. Hoogers 1998, p. 19.

247. Ibidem, p. 20 met verwijzing naar een interview met de griffier van de Hoge Raad, mr Van Nispen tot Zevenaar, NRC Handelsblad, 29 augustus 1996.

248. Boersma 1998, p. 33.

249. Ibidem, p. 34.

250. Zie Hoogers 1998, p. 17-19.

251. Zie Witteveen 1998b, p. 37-40.

252. Strijards 1988, p. 60.

253. Van Strien 1987, p. 595-596.

254. Corstens onder IIR 25 januari 1994, NJ 1994 598 (Volkel).

genuanceerd. Hij onderkent de hiërarchische relatie tussen Minister van Justitie en het OM die volgt uit art. 127 RO (voorheen art. 5 RO) maar benadrukt dat de Officier van Justitie ook een eigen magistratelijke opdracht heeft. De magistratelijke taak en de daarmee gepaard gaande onafhankelijkheid is juist het grootst bij het nemen van de vervolgingsbeslissing.²⁵⁵ Bovendien speelt het probleem volgens hem niet bij strafbare feiten gepleegd in de uitvoeringssfeer, ver verwijderd van de centrale leiding van de Staat. En mocht het gaan om strafbare feiten die wel dichtbij die centrale leiding zijn gepleegd dan kan een speciale procedure zoals die voor ambtmisdrijven uitkomst bieden.²⁵⁶ De Commissie Roelvink en Corstens in zijn noot onder Volkel bepleiten eveneens een speciale procedure voor strafvervolgning.²⁵⁷ De Hullu ziet geen heil in een bijzondere procedurevoorziening en betoont zich voorstander van eenzelfde bejegening van de Staat als andere rechtssubjecten, natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen.

Hocwel de deelnemers aan het strafrechtelijk debat onderkennen dat er spanning bestaat in de constructie van de Staat als drager en deelnemer aan de rechtsorde, de meerderheid stelt zich op het standpunt dat ook op dit punt de Staat geen uitzonderingspositie en daarmee geen immunité toekomt. De vraag is echter of men voldoende oog heeft voor de soevereine positie van de Staat als drager van de rechtsorde; een positie die bij uitstek tot uitdrukking komt in het strafrecht. Bevindt de Staat zich niet juist boven de partijen vanwege het geweldsmonopolie? Is op dit punt een uitzonderingspositie van de Staat niet gerechtvaardigd?

8.1.4 Gerechtvaardigde ongelijkheid?

In het Wetsvoorstel van Wolfson tot afschaffing van strafrechtelijke immunité van de Staat ligt de nadruk op het gelijkheidsbeginsel. In een rechtsstaat is de overheid ook zelf aan het strafrecht gebonden.²⁵⁸ Daarmee is onverenigbaar het verschil tussen de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en die van natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen.²⁵⁹ Dit lijkt mij een te dwingende interpretatie van het gelijkheidsbeginsel.²⁶⁰ De Staat is niet gelijk aan natuurlijke personen en privaatrechtelijke rechtspersonen. De vraag is veeleer: rechtvaardigt de bijzondere positie van de Staat een categorische uitsluiting van vervolgbaarheid van de Staat?

255. Roef 2001, p. 302-303; Roef 2007, p. 244-245.

256. Roef 2001, p. 304; Roef 2007, p. 244.

257. Rapport Commissie Roelvink, p. 33-37.

258. Kamerstukken II 2005-2006, 30 538, nr. 3, p. 1-2.

259. Ibidem.

260. Zie ook Sikkema 2006, paragraaf 3.

Noch het gezagsargument noch de taakopvatting – de behartiging van het algemeen belang – overtuigt als argument ten faveure van strafrechtelijke immuniteit van de Staat. Dit is anders met het derde punt: de onafhankelijke/soevereine positie van de Staat. Niet kan ontkend worden dat er een inconsistentie schuilt in de Staat als drager van en tevens deelnemer aan de rechtsorde. Deze inconsistentie kan wel worden gerelativeerd door te wijzen op de magistratelijke taak van het OM en met het voorstel van een speciale rechtsingangprocedure. De inconsistentie wordt daarmee echter niet weggenomen. De onafhankelijke positie van de Staat blijft als argument dat een uitzonderingspositie van de Staat rechtvaardigt, overeind.

Deze onafhankelijke en soevereine (in de zin van hoogste) positie komt het sterkst tot uitdrukking in het strafrecht. De Staat heeft immers het monopolie op legitiem geweldgebruik en machtsuitoefening om eigenrichting te voorkomen en veiligheid te garanderen.²⁶¹ Dat de Staat geen bijzondere positie zou toekomen nu hij toch ook aan de civiele en bestuursrechter kan worden onderworpen, een punt dat Corstens maakt²⁶², miskent de bijzondere aard van het strafrecht. Juist in het strafrecht, vanwege het machtsmonopolie en de bevoegdheid tot strafexecutie, is strafvervolgning van de Staat vicieus.²⁶³

Op dit punt kan volkenrechtelijke immuniteit in herinnering worden geroepen. Het belang van onpartijdigheid, van boven de partijen staan, speelde in de zaak *Congo/België*. Het IGH besloot immuniteit in stand te laten voor zittende staatshoofden en regeringsleiders ten overstaan van de *nationale* rechter. Dit betreft immers een situatie van soevereine gelijkheid en *par in parem non habet imperium*. Tegenover de internationale strafrechter, vanwege diens supranationale positie, kunnen deze personen zich niet op immuniteit beroepen. Ongelijkheid brengt het opheffen van immuniteit met zich mee.

Toch zijn er zwaarwegende argumenten die pleiten voor opheffen van strafrechtelijke immuniteit van de Staat. Met name de vuurwerkramp in Enschede, (waar men in de art. 12 Sv-procedure niet toekwam aan een materieelrechtelijk oordeel) en de vervuiling van het Otapan-schip (waar sprake was van opzettelijke overtreding van milieunormen door een staatsorgaan) laten zien dat de huidige regeling tekort schiet. De vraag is of de onafhankelijke/soevereine positie van de Staat categorische uitsluiting van strafvervolgning verlangt.

Mijns inziens komt de Staat vooral een uitzonderingspositie toe op het punt van de strafexecutie, vanwege het geweldsmonopolie. De tenuitvoerlegging van straffen is bij uitstek een vorm van machtsuitoefening. Vanuit

261. Zie Gribnau 2009, p.7-8.

262. Corstens onder IIR 25 januari 1994, NJ 1994 598 (Volkel).

263. Strijards 1988, p. 61.

dat perspectief kan strafvervolgning en daarmee een strafrechtelijk onderzoek naar het handelen en nalaten van de Staat plaatsvinden.²⁶⁴ Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de Straatsburgse verplichtingen en aan de maatschappelijke behoefte van herstel van de rechtsvrede. Deze strafvervolgning eindigt dan in een declaratoir vonnis. Vervolgens is het aan de politiek daar al dan niet consequenties aan te verbinden.

Een argument tegen deze principiële stellingname zou de opkomst van het bestuursstrafrecht kunnen zijn. De aard en het doel van de bestuurlijke boete verschillen niet wezenlijk van de strafrechtelijke geldboete.²⁶⁵ Een bestuurlijke overtreding kan 'criminal' zijn in de zin van art. 6 EVRM.²⁶⁶ Het feit dat de Raad van State heeft bepaald dat aan de Staat bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd, maakt dit tegenargument pregnant.²⁶⁷ Toch doet deze ontwikkeling niets af aan de bijzondere aard van het strafrecht en de bijzondere positie van de Staat op dat terrein. De toekenning door de Staat aan het bestuur van een boetebevoegdheid om overtredingen van geringe ernst te corrigeren en zo de noodzaak van inzet van het strafrecht te beperken, verandert niet wezenlijk de positie van de Staat in het strafrecht. Gewezen kan worden op het gezag over de politie, de centrale positie van het OM vanwege het vervolgingsmonopolie, en het opportuniteitsbeginsel.²⁶⁸ Bestuursrechtelijke handhaving kent geen centraal gezag.²⁶⁹ Dat maakt dat aansprakelijkheid van de Staat in het bestuursrecht niet neerkomt op 'zelfkastijding'. Zoals Duijkersloot en Hartmann schrijven over het verschil in argumentatie over wel/geen immunitet van de Staat in het strafrecht en in het bestuursrecht:

Ook het aanverwante argument dat strafvervolgning betrokkenheid van de minister van Justitie impliceert en diens positie als lid van het kabinet compliceert en daardoor de eenheid van de regering of het regeringsbeleid aantast, speelt bij bestuurlijke boetes niet of

264. Dit vereist het opheffen van immunitet. In artikel 132a Sv wordt het doen van opsporingsonderzoek verboden aan het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Wanneer bij voorbaat vaststaat dat vervolging niet mogelijk is, is het doen van opsporingsonderzoek, strikt genomen, niet toegestaan. Tot enige relevante strafvorderlijke beslissing – anders dan het onmiddellijk seponeren van de zaak – kan men niet komen. Zie Corstens/Borgers 2011, p. 243.

265. Art. 5:40 lid 1 AWB.

266. EHRM 21 februari 1984, Öztürk/Duitsland, appl. 8544/79, NJ 1988, 937, m.nt. Alkema.

267. Dit is voor Duijkersloot en Hartmann een reden om te pleiten voor het opheffen van strafrechtelijke immunitet. Duijkersloot & Hartmann 2009. Zie ook Van der Vorm 2008, p. 578-602.

268. Corstens/Borgers 2011, p. 98.

269. Notitie van de Minister van Justitie over de verhouding tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving (in het kader van de totstandkoming van de Wet OM-afdoening) Kamerstukken II 2005-2006, 29 849, nr. 30, p. 2-3.

nauwelijks een rol. Immers, de rol van deze minister, die bij het OM natuurlijk significant is, is bij oplegging van bestuurlijke boetes in het geheel niet geïmpliceerd.²⁷⁰

8.2 *Wat beogen we met strafbaarstelling van de Staat?*

Reeds eerder, toen werd ingegaan op het algemeen belang-argument, kwam de symbolische waarde van het bestraffen van de Staat ter sprake. Ook voorstanders van het opheffen van immuniteit van de Staat relativeren het nut van het bestraffen van de Staat.

Met dit gegeven kunnen we twee kanten op. Allereerst door strafvervolgging van de Staat als iets uitzonderlijks te zien.²⁷¹ Het strafrecht is hier echt *ultimum remedium*; vervolging van de Staat komt pas aan de orde indien op geen enkele andere wijze de rechtsvrede kan worden hersteld. Wanneer na een ramp er een uitvoerige onderzoek heeft plaatsgevonden door de Raad voor de veiligheid of een andere commissie kan daaruit de consequentie worden getrokken dat strafvervolgging geen redelijk doel meer dient. De aandacht verschuift hiermee van immuniteit naar opportuniteit.

Ten tweede door te kiezen voor schuldigverklaring zonder strafoplegging. Dit kan mijns inziens voldoende bevrediging teweeg brengen. Het belang van strafoplegging in geval van een strafrechtelijk schuldige Staat dient te worden gerelativeerd. Dit is met name het geval als het gaat om repressie als strafdoel. Normbevestiging en preventie zijn in dit kader wel van belang; ook een declaratoir vonnis en schuldigverklaring zonder strafoplegging kan dergelijke effecten hebben. Het oordeel van de strafrechter kan bewerkstelligen dat de overheid zich na correctie beter rekenschap geeft van zijn voorbeeldfunctie in het maatschappelijk verkeer. Bovendien kan een declaratoir vonnis politieke gevolgen hebben.

Ook de indieners van het oorspronkelijk door Wolfsen ingediende wetsvoorstel geven aan dat schuldigverklaring, zelfs met een symbolisch straf, al een zekere genoegdoening teweeg kan brengen: “wij zoeken het nut van het kunnen vervolgen van publiekrechtelijke rechtspersonen dan ook niet alleen in de oplegging van een straf of maatregel”.²⁷²

Het aan de Staat inherente geweldsmonopolie brengt mee dat de Staat onschendbaar is. Straffen, al zouden ze kunnen worden opgelegd, kunnen niet tegen de Staat worden geëxecuteerd. Juist vanwege de relativering van het nut van het straffen is dit uitgangspunt ook niet bezwaarlijk. Een declaratoir vonnis kan evengoed een normbevestigend en preventief effect hebben.

270. Duijkersloot en Hartmann 2009, p. 39.

271. Roef 2007, p.252; Rapport Commissie Roelvink, p. 22.

272. Kamerstukken II 2008-2009, 30 538, nr. 11, p. 9.

8.3 *Commune delicten*

Tot slot een korte opmerking over het voorstel van de Commissie Roelvink om strafvervolgning van de overheid, centraal en decentraal, te beperken tot overtredingen van het orderingsrecht, waarmee aansprakelijkheid van de overheid wordt uitgesloten voor commune delicten.

De beperking van aansprakelijkheid tot orderingsdelicten sluit volgens de commissie aan bij de praktijk; strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen is vooral gewenst op terreinen van milieu, van arbeidsomstandigheden en van ruimtelijke ordening. Bovendien, zo meent de Commissie, de desbetreffende normen richten zich tot overheden en niet zozeer tot de daarin werkzame natuurlijke personen. Hiermee ontstaat geen verwarring van strafrechtelijke verantwoordelijkheid enerzijds en bestuurlijke en politieke verantwoordelijkheden anderzijds.²⁷³ Over de maatschappelijke onrust die is ontstaan naar aanleiding van de gebeurtenissen in Enschede en Volendam, stelt de Commissie dat dergelijke misdrijven aan individuele ambtenaren kunnen worden toegerekend.

Waar het gaat om het strafrechtelijk verwijt dat men door zijn gedrag lijf en goed van een ander heeft geschonden (levens- en vermogensdelicten, verkrachting e.d.), dient individuele aansprakelijkheid voorop te staan. Bij die delicten staat immers de schuld (in de zin van opzet of verwijtbaarheid) centraal. Weliswaar is het niet onmogelijk schuld te constateren bij rechtspersonen, maar het ligt bij commune delicten doorgaans toch meer in de rede om het onderzoek te richten op individuele fouten en persoonlijke verwijtbaarheid. Vanwege deze belangrijke rol van het schuldbestanddeel lijkt het bovendien ook uit een oogpunt van effectiviteit (preventie, vergelding) beter om de strafvervolgning te richten op individuen.²⁷⁴

Verscheidene tegenargumenten kunnen worden aangedragen. Allereerst dat het onderscheid dat de Commissie aanbrengt tussen orderingsdelicten en commune delicten kunstmatig is en moeilijk is vol te houden.²⁷⁵ Daarnaast blijkt uit de Schipholbrand, de ramp in Enschede en de Otapan-affaire dat de schuld van normovertredend gedrag bij overheden vaak collectief of organisatorisch van aard is; deze valt niet zo gemakkelijk aan enkele individuen toe te rekenen. Het principieel uitsluiten van strafvervolgning van overheden ten aanzien van commune delicten lijkt derhalve onwenselijk.²⁷⁶ Tenslotte roep ik in herinnering de ontwikkeling in het internationale strafrecht, waarbij het eigen daderschap van de natuurlijke persoon

273. Rapport Commissie Roelvink 2003, p. 29.

274. Ibidem, p. 30.

275. De Hulle 2002, p. 337 onder verwijzing naar Visser en Mulder & Doorenbos.

276. Roef 2007, p. 247

(losgekoppeld van de rechtspersoon/Staat) voor internationale misdrijven heeft geleid tot ruime aansprakelijkheidsbegrippen en uitholling van het schuldbeginsel.²⁷⁷ Dit is nu juist wat de Commissie beoogt te voorkomen.

In het wetsvoorstel van Wolfson is de uitsluiting van aansprakelijkheid voor commune delicten niet overgenomen. Vanuit de gedachte dat “[i]n zijn algemeenheid het strafrecht zich steeds meer bezig is gaan houden met criminaliteit die gepleegd wordt in of door georganiseerde verbanden” vindt men de focus op individuele verdachten “steeds minder het uitgangspunt”.²⁷⁸

Om al deze redenen zou ik strafvervolgning van de Staat voor commune delicten niet principieel uitsluiten.

8.4 *Strafvervolgning en aansprakelijkheid van de Staat: niet zonder complicaties*

Strafvervolgning van de Staat is gecompliceerd. De Commissie Roelvink, in zijn afgewogen en lezenswaardige rapport, heeft voor een aantal van de complicaties pragmatische oplossingen gezocht. Het beperkt opheffen van immuniteit van de Staat – alleen ten aanzien van orderingsdelicten – is een van deze oplossingen. Een andere is het opsplitsen van de Staat in zelfstandige onderdelen. Door aan de rechtspersoon in strafrechtelijke zin gelijk te stellen “de niet over rechtspersoonlijkheid beschikkende dienst, instelling, onderneming, inrichting of andere organisatorische eenheid die deel uitmaakt van de staat en zelfstandig aan het maatschappelijk verkeer deelneemt” stelt de Commissie een autonome invulling van het begrip publiekrechtelijke rechtspersoon voor.²⁷⁹ De Staat als zodanig zou moeten worden uitgesloten van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dit voorstel komt tegemoet aan complicaties rondom toerekening van strafbaar gedrag, de onduidelijke positie van zbo’s en de gedachte dat de Staat een abstractie is als gevolg waarvan strafbaarheid van een overheidsinstantie of -dienst niet zou aansluiten bij de perceptie van strafbaar overheidsgezag bij het publiek.²⁸⁰ Ook vanuit het perspectief van de strafdoeleinden (vergelding, speciale en generale preventie en normbevestiging) ligt volgens de Commissie Roelvink strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat als zodanig niet voor de hand.

Ook aan dit voorstel kleven nadelen. De Hullu noemt het loslaten van de koppeling tussen art. 51 Sr en art. 2 BW met betrekking tot rechtssubjectiviteit en de verwachting dat deze autonome invulling op zichzelf een bron

277. Danner & Martinez 2005, p. 75-170; Van Sliedregt 2012, p. 1171-1188.

278. Kamerstukken II 2005-2006, nr. 3, p. 11.

279. Ibidem, p. 38.

280. Rapport Commissie Roelvink, p. 25. Zie ook Roef 2001, p. 398-401.

van discussie wordt (welke entiteit valt er wel/niet onder?).²⁸¹ Bovendien zijn de problemen van toerekening vanwege de afstand tussen de pleger en de verantwoordelijken van een complexe rechtspersoon als de Staat niet uniek voor de Staat; deze doen zich ook voor bij grote privaatrechtelijke rechtspersonen. De noodzaak voor een speciale regeling is daarmee minder pertinent.

Het argument van de Staat als abstractie komt in een ander licht te staan als we teruggaan naar de onderzoeken en de art. 12 Sv-procedures die betrekking hebben op de Otapan-zaak en de rampen in Enschede en Schiphol. De identificatie van de verantwoordelijken en hun verantwoordelijkheden leverde geen noemenswaardige problemen op. Het gaat om SenterNovem (VROM) in de Otapan-zaak, de Rijksverkeersdienst (VROM) bij de vuurwerkkramp, en DJI (MvJ) bij de Schipholbrand. Dat toerekening aan de Staat van gedrag van overheidsinstantie X of Y niet zou aansluiten bij de perceptie van strafbaar overheidsgedrag van het publiek, is te onderwerpen met een goede rechterlijke motivering. Een voorbeeld daarvan is de beschikking van het hof 's-Gravenhage in de Otapan-zaak. In deze motivering komt tot uitdrukking de verantwoordelijkheid van de Staat en de verhouding tot de betrokken dienst:

Gezien het geheel van feiten en omstandigheden is bij de hiervoor weergegeven gang van zaken naar het oordeel van het hof niet gebleken van eerder vermelde en noodzakelijke oplettendheid en zorgvuldige, kritische beoordeling aan de zijde van de Staat en zijn diensten en ambtenaren.

De betrokkenheid van SenterNovem bij de wijziging van de code op het kennisgeving-formulier op een wijze zoals hiervoor beschreven en de betrokkenheid van VROM en Inspectie middels het eerder weergegeven jarenlange overlegcircuit aangaande de Otapan leidt geleet op de mate van asbestvervuiling op dit schip tot de conclusie, dat de Staat onder de gegeven omstandigheden verwijtbaar onjuist heeft gehandeld.

Uit het onderzoek in raadkamer is naar het oordeel van het hof dan ook in voldoende mate gebleken, dat de Staat der Nederlanden door het handelen van zijn ambtenaren als verdachte van strafbare feiten, meer in het bijzonder sluikhandel en valsheid in geschrift, in vereniging gepleegd, zou kunnen worden aangemerkt.²⁸²

Het probleem van de zbo's, entiteiten met een zelfstandige publiekrechtelijke positie waarvan sommigen in de rechtspersoonlijkheid (en dus immunititeit) van de Staat delen, is reëel, maar rechtvaardigt mijn inziens niet de voorgestane splitsing en een speciale regeling. Ook hier kan de rechterlijke motivering uitkomst bieden.

281. De Hullu 2002, p. 336.

282. R.o.7.1.1, Gerechtshof 's-Gravenhage, 12 december 2012, LJN BY 6448.

Waar abstractie van de Staat mogelijk wel problemen oplevert, is de sanctionering. In de door mij voorgestane benadering, komen we daar echter niet aan toe. Er vindt vervolging plaats zonder strafexecutie. In een declaratoir vonnis wordt de Staat inclusief de desbetreffende dienst of instelling als schuldige aangewezen; er kan vanwege onschendbaarheid van de Staat echter geen strafoplegging volgen.

8.5 Concluderend

Het strafrecht heeft een rol bij het benadrukken dat de Staat en diens functionarissen kunnen worden aangesproken op hun verantwoordelijkheden. De Staat is echter geen rechtssubject als ieder ander. De bijzondere positie van de Staat als drager van de rechtsorde komt tot uitdrukking bij de tenuitvoerlegging van straffen. De onschendbaarheid van de Staat staat daaraan in de weg. Schuldigverklaring zonder strafoplegging is het hoogst haalbare bij een strafrechtelijk schuldige Staat. De vraag waartoe strafrechtelijke vervolging dient, wanneer geen *straf* kan worden opgelegd wordt beantwoord met het argument dat de vaststelling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de Staat een voldoende zelfstandige betekenis heeft om een strafrechtelijk oordeel te rechtvaardigen. Dit past in de lijn die in de EHRM-rechtspraak is uitgezet en onderkent het belang van normbevestiging en preventie.

9 Afsluiting

In dit preadvies heb ik beoogd een bijdrage te leveren aan een discussie waar reeds alles leek te zijn gezegd. Aan de hand van de bespreking van Straatsburgse rechtspraak en het internationaal-strafrechtelijke perspectief heb ik een nieuw licht willen werpen op de discussie. Daarbij heb ik enerzijds het belang van het opheffen van immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen onderstreept. Anderzijds heb ik de argumenten die pleiten voor het volledig opheffen van immuniteit van de Staat enigszins willen nuanceren.

Het EHRM dwingt niet tot het opheffen van immuniteit van de Staat. Van belang is volgens het Straatsburgse Hof vooral dat strafrechtelijk onderzoek (ter bescherming van het recht op leven dan wel ter vrijwaring van foltering) leidt tot het identificeren van de verantwoordelijken, waarbij de overheid niet buiten beeld mag blijven. Voorts volgt uit EHRM-rechtspraak dat het onhoudbaar is, overheidsfunctionarissen te laten delen in de immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen. Aan de Straatsburgse verplichtingen zou tegemoet kunnen worden gekomen door immuniteit van feitelijk leidinggevers op te heffen en hen als zodanig, of als natuurlijke perso(o)n(en), strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Bij de berechting van

een individuele dader zal in voorkomend geval in beschouwing moeten worden genomen dat deze mogelijk een radertje is geweest in een machine en heeft moeten handelen in een crimineel klimaat. Dat zal soms tot strafmatiging en misschien zelfs tot strafuitsluiting wegens overmacht moeten kunnen leiden.

Het volkenrechtelijk perspectief heeft laten zien dat immuniteit geen vaststaand gegeven is, zelfs niet als het de Staat, drager van soevereiniteit, betreft. Ontwikkelingen in het internationale strafrecht met betrekking tot functionele immuniteit laten zien hoe het beginsel van individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid het leerstuk van immuniteit heeft beperkt. Mijn voorstel om de Staat immuniteit van jurisdictie te ontfeggen past in die lijn. Daar staat tegenover dat onschendbaarheid niet aan de Staat kan worden ontfegd; die vloeit nu eenmaal voort uit het geweldsmonopolie, zonder hetwelk geen Staat kan bestaan.

9.1 Aanbevelingen

Uit voorgaande beschouwingen volgt de aanbeveling immuniteit van de Staat op te heffen voor zover deze ziet op strafvervolgung (immuniteit van jurisdictie). De onschendbaarheid van de Staat blijft echter behouden. Feitelijke leidinggevers delen niet in onschendbaarheid van de Staat; aan hen kan wel een straf worden opgelegd. Aan decentrale overheden, lagere lichamen als gemeenten en waterschappen, komt noch immuniteit van jurisdictie noch onschendbaarheid toe. Er is geen plaats meer voor een onderscheid naar aard van het delict en de taak van het openbaar lichaam. Voor strafrechtelijke aansprakelijkheid geldt geen beperking naar type delict.

Aangehaalde literatuur

Akande & Shah 2010

Zie ook D.Akande en S. Shah, 'Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic courts', *European Journal of International Law*, (2010), p. 815-852.

Alebeek 2008

R. van Alebeek, *The immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Asser/Hartkamp/Sieburgh, 12^e druk

Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet, Deel VI, Deventer: Kluwer, 12^e druk, p. 297-325.

Barkhuysen & Van Emmerik

T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving. Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake Öneriyildiz t. Turkije?', *Overheid en Aansprakelijkheid*, 2005, p. 76-88.

Boersema 1998

D.A.A. Boersema, 'Strafbare overheid: een contradictie in terminus', in *Strafbaarheid van overheden. Publikaties van de Staatsrechtkring*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 21-37

Bracton 1569

H. de Bracton, *De legibus et constitutionibus Angliae*, z.p. 1569, herdrukt in Samuel E. Thorne (ed.), *On the Laws and Customs of England*, Cambridge (Mass): Harvard University Press, 1968, Volume I & II.

Brants 1996

Chr. Brants, 'The King can do no wrong', *Delikt en Delinkwent* 1996, p. 509-532.

Brants & De Lange 1996

Chr. Brants en R. de Lange, *Strafvervolgning van overheden*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Coffee Jr 1981

John C. Coffee Jr., "No Soul to Damn: No Body to Kick". An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment', *Michigan Law Review* 1981, p. 386 e.v.

Corstens/Borgers 2011

G.J.M. Corstens bewerkt door M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, 7^e druk.

Crawford 2002

J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press 2002

Danner & Martinez 2005

A.M. Danner and J.S. Martinez, 'Guilty associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law', *California Law Review* 2005, p. 75-170

Duijkersloot & Hartmann 2009

A.P.W. Duijkersloot en A.R. Hartmann, *De Aangesproken Staat: verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immunité van de overheid. De aansprakelijkheid van de overheid; een overspannen constructie bij bestaafing? Strafrechtelijke en bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in perspectief. Publicaties Staatsrechtkring 2009*. Verkrijgbaar via < <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2011-1214-200427/A.P.W.%20Duijkersloot%20en%20A.R.%20Hartmann-Strafrechtelijke%20en%20bestuursrechtelijke%20aansprakelijkheid%20in%20perspectief-2010.pdf>

Elzinga & De Lange 2006

D.J. Elzinga & R. de Lange, m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer, 2006.

Fox 2002

H. Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

Gribnau 2009

J.L.M. Gribnau, *Soevereiniteit en legitimiteit. Grenzen aan (fiscalc) regelgeving*, Den Haag: Sdu 2009.

Hennekens 2001

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de Weegschaal*, Deventer: W.E. Tjeenk Willink 2001.

Hoogers 1998

H.G. Hoogers, 'Soevereiniteit en strafbaarheid: een beschouwing over de plaats van de Staat in de rechtsorde', in *Strafbaarheid van overheden. Publicaties van de Staatsrechtkring*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 9-21

Hullu, De 2002

J. de Hullu, 'De overheid in de verdachtenbank', *RM Themis* 2002, p. 335-339.

Hullu, De

J. de Hullu, 'Een bijzonder strafrechtelijke positie voor de verdachte overheid?', in *Strafbaarheid van overheden. Publicaties van de Staatsrechtkring*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 47-67.

Hullu, De 2012

J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012, 5^e druk.

Van der Jagt 2000

J.A.E. van der Jagt, *Decentraal bestuur vervolgbaar?* Deventer, Gouda Quint 2000.

Janssen en Nieuwenhuis 2005

A. L.J. Janssen en A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Kluwer: Deventer, 2005.

Jørgensen 2000

N.H.B. Jørgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, 2000.

Van Kempen 2008

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door Mensenrechten*, Nijmegen, 2008.

Nollkamper 2011

P.A. Nollkamper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, 5^e druk.

Pellet 1999

A. Pellet, 'Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!', *European Journal of International Law*, 1999, p. 425-434.

Roef 1995

D. Roef, 'Kan de staat in zijn eigen staart bijten?' *Delikt en Delinkwent*, 1995, p. 332-348.

Roef 2001

D. Roef, *Strafbare overheden. Een rechtsvergelijkende studie naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheden voor milieuverstoring*, Antwerpen: Intersentia 2001.

Roef 2007

D. Roef, 'Strafbare overheden', in: M.J.C. Visser en A. de Lange, *Milieu-strafrecht. Onderzoek en Aanbevelingen voor theorie en praktijk*, WODC: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Roef 2012

D. Roef, 'De immunitet van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief', *Strafblad* 2012, p. 227-251.

Roosmalen Van 2007

H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, Den Haag: Sdu 2007.

Rozemond 2011

N. Rozemond, 'De Schipholbrand en het voorwaardelijk opzet op brandstichting met Rizla Blauw vloei', *Delikt en Delinkwent* 2011, p. 731-752.

Schalken 2001

T.M. Schalken, 'Waarom wordt de gemeente Volendam niet vervolgd?', *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 115-117.

Sikkema 2001

E. Sikkema, 'Twee wetsvoorstellen over de strafbare overheid', *Nederlands Juristenblad* 2006, p. 1994-2001.

Van Sliedregt 2012

E. van Sliedregt, 'The curious case of international criminal liability', *Journal of International Criminal Justice* 2012, p. 1171-1188.

Smidt 1891

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, deel I*, 2e druk, Haarlem, 1891.

Stolwijk 2001

S.A.M. Stolwijk, 'Retoriek en realiteit in Volendam', *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 525-530.

Strien, Van 1987

A.L.J. Van Strien, 'De strafrechter en de bestuurlijke mantel der liefde. Over de vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen', *Delikt en Delinkwent* 1987, p. 584-600.

Strijards 1988

G.A.M. Strijards, *Aanprakelijkheidsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1988.

Tang, Van der 1991

G.F.H.M. van der Tang, 'Soevereiniteit' in Th. Holterman e.a. (red.) *Algemene Begrippen Staatsrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1991, p. 5-31.

Valk, De

S.N. de Valk, *Aansprakelijkheid van leidinggevend. Naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven*, Deventer: Kluwer 2009.

Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008

F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, *Positive obligations en het Nederlandse straf(proces)recht*, Deventer 2008.

Vorm, Van der 2008

B. van der Vorm, 'De opheffing van strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen in relatie tot het fenomeen "bestuursrechtelijke immuniteit"', *Dclikt en Dclinkwent* 2008, p. 578-602.

Witteveen 1998a

W.J. Witteveen, 'Staat de overheid boven de wet?', in: *Strafbaarheid van overheden. Publikaties van de Staatsrechtkring*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 1-9.

Witteveen 1998b

W.J. Witteveen, 'Staatssoevereiniteit: machtswoord en toverspreuk', in *Strafbaarheid van overheden. Publikaties van de Staatsrechtkring*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 37-47.

Weigend 2008

Th. Weigend, 'Societas delinquere non potest? A German perspective', *Journal of International Criminal Justice* 2008, p. 927-945; Roef 2001, p. 164-175.

Weiler, Cassese & Spinedi 1989

J.J.H. Weiler, A. Cassese & M. Spinedi (red.), *International Crimes of States*, Berlijn/New York, 1989.

Wyler 2002

E. Wyler, 'From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'', *European Journal of International Law* 2002, p. 1147-1160.

Rapporten

CAVV Advies 2011

Zie Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV), Advies inzake de Immunitéit van Buitenlandse Ambtsdragers,

Advies no. 20 (CAVV-advies), Den Haag 2011. < www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/05/01/cavv-advies-nr.-20-immuniteit-buitenlandse-amtsdragers.html > Aanbiedingsbrief: Kamerstukken II, 2011–2012, 33 000 V, nr. 9

Eindrapport Schipholbrand

Eindrapport van het onderzoek naar de brand in het detentie- en uitzetcentrum Schiphol-Oost in de nacht van 26 op 27 oktober 2005, verkrijgbaar via <www.gcdeco.nl/Text-file/rapport_schipholbrand.pdf>

Inspectie Verkeer & Waterstaat 2002

Inspectie Verkeer & Waterstaat, Divisie Water (i.o.), Evaluatie-onderzoek Rijkseis Bemden. Van analyse naar verbetering, juni 2002, verkrijgbaar via <www.ilcnt.nl/Images/Evaluatieonderzoek%20Rijkseis%20Bemden%20eindrapport_tcm334-325307.pdf>

Huberts e.a. 2005

L. Huberts e.a., *Overtredende overheden. Op zoek naar de omvang en oorzaken van regelovertreding door overheden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

ILC report on immunity 2008

Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur ILC (ILC report on immunity), UN GA A/CN.4/601, 29 mei 2008.

Kleiman e.a. 1995

W.M. Kleiman e.a., *Overtredende Overheden. Vervolgingsbeleid inzake milieudelicten*, WODC 1995, K-reeks, nr. 35.

Mein en Van der Bunt 2010

A.G. Mein en H.G. van der Bunt, *Bestuurlijke rapportage overtredende overheden. Een kwestie van willen en kunnen*, 2010 <www.verwey-jonker.nl/doc/vitaliteit/Bestuurlijke-rapportage-overtredende-overheden_1492.pdf>.

Rapport Commissie Mans 2008

Commissie Herziening Handhavingssysteem VROM-regelgeving, *De tijd is rijp*, 2008, verkrijgbaar via: <www.uitvoeringmetambitie.nl/bestanden/bestanden/1334913965.pdf>

Rapport Commissie Roelvink 2002

Commissie Roelvink, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag 2002, verkrijgbaar via <www.recht.nl/doc/rapport_strafrechtelijke_aansprakelijkheid_staats.pdf>

Rapport Michiels 1998

F.C.M.A. Michiels, *Handhaven op niveau*, Deventer: Tjeenk Willink 1998.

Rapport Vuurwerkramp

Rapport Commissie Onderzoek Vuurwerkramp, verkrijgbaar via <www.vuurwerkramp.enschede.nl>

Rapport Inspectie Openbare Orde en Veiligheid 2002a

Gemeentelijke actieprogramma's brandveiligheid, 2002, verkrijgbaar via <www.rijksoverheid.nl>

Rapport Inspectie Openbare Orde en Veiligheid 2002b

Onderzoek naar het gemeentelijk beleid inzake gebruiksvergunningen, 2002, verkrijgbaar via <www.rijksoverheid.nl>

Varia

Openbaar Ministerie 2008

Openbaar Ministerie, Functioneel Parket, Jaarbericht 2008, verkrijgbaar via <www.om.nl>

Persbericht OM 2002

Persbericht OM, 'Strafrechtelijk onderzoek De Maaswerken wordt bestuurlijk voortgezet', 2 maart 2002, verkrijgbaar via <www.nieuwsbank.nl/inp/2002/03/22/E050.htm>

Persbericht OM 2011

Persbericht OM, 'OM seponeert de zaak Otapan', 4 oktober 2011, <www.om.nl/organisatie/rijksrecherche/werken_bij/@157214/seponeert-zaak/>

Srebrenica voorbij.

De volkenrechtelijke immuniteit

van de Verenigde Naties

N.J. Schrijver*

Inhoudsopgave

Inleiding	214
1. Het leerstuk van de volkenrechtelijke immuniteit	215
1.1 Definities	215
1.2 Soorten van immuniteit	216
1.3 De rationale van immuniteit	217
1.4 Staatsimmuniteit	217
1.5 Immuniteit van gezagsdragers en overheidsfunctionarissen	219
1.6 Immuniteit en aansprakelijkheid van internationale organisaties	220
1.7 Een vergelijking tussen soorten immuniteit	222
2. Immuniteit van de VN	223
2.1 Rechtsbronnen van de immuniteit van de VN	224
2.2 Raison d'être van de immuniteit van de VN	226
2.3 Aansprakelijkheid van de VN	227
2.4 Modelovereenkomsten voor vredesbewarende VN-operaties	229

* Professor mr. N.J. Schrijver is hoogleraar internationaal publiekrecht en wetenschappelijk directeur van het Grotius Centre for International Legal Studies, Universiteit Leiden. Tevens is hij lid van de Eerste Kamer der Staten-Generaal en van de KNAW. Hij dankt zijn student-assistente Hilde Roskam voor haar efficiënte en nauwgezette hulp bij de totstandkoming van dit preadvies en Prof. dr. N.M. Blokker (Schermers leerstoel Recht der Internationale Organisaties, Universiteit Leiden), mr. J. P.F. Slijpen (Rechtbank Den Haag en schaatspartner) en drs. L. van Schaik-Zaaijer (oud-ambassadeur) voor hun nuttige commentaar op een eerdere versie van dit preadvies. Hij dankt ook van harte de leden van de NJV-voorbereidingscommissie voor hun inzet en commentaar.

3.	De immuniteit van internationale organisaties voor internationale en buitenlandse rechterlijke instanties	233
3.1	Het Internationaal Gerechtshof	233
3.2	Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens	237
3.3	De VN voor buitenlandse rechterlijke instanties	241
4.	Internationale organisaties voor de Nederlandse rechter en Srebrenica	243
4.1	Internationale organisaties voor de Nederlandse rechter	243
4.2.	De zaak Srebrenica voor de rechtbank, gerechtshof en Hoge Raad	247
5.	Alternatieve rechtswegen voor de afwikkeling van claims tegen de VN	256
5.1	De immuniteit van de VN beperken en haar verantwoordelijk houden	257
5.2	De lidstaten verantwoordelijk houden	258
5.3	Naar een onafhankelijke klachtencommissie binnen het VN-systeem	259
5.4	Een Ombudspersoon	260
5.5	Uitbreiding van het mandaat van het UN Appeals Tribunal of oprichting nieuw tribunaal	261
6.	Aanbevelingen	261
	<i>Bijlage 1 Tabel verschijningsvormen van immuniteit</i>	264
	<i>Bijlage 2 Lijst van bronnen, inclusief jurisprudentieregister en literatuurlijst</i>	265

"The United Nations experience in Bosnia was one of the most difficult and painful in our history. It is with the deepest regret and remorse that we have reviewed our own actions and decisions in the face of the assault of Srebrenica. Through error, misjudgement and an inability to recognize the scope of the evil confronting us, we failed to do our part to help save the people of Srebrenica from the Serb campaign of mass murder. No one regrets more than we the opportunities for achieving peace and justice that were missed. No one laments more than we the failure of the international community to take decisive action to halt the suffering and end a war that had produced so many victims."

Kofi Annan, Secretaris-Generaal VN, 'The Fall of Srebrenica', VN doc. A/54/549, 15 november 1999, par. 503.

"...it is important for the Security Council, in addition to the other principal organs of the United Nations, to fully adhere to applicable international law and basic rule of law principles to ensure the legitimacy of their actions..."

...The Secretary-General fully accepts that relevant international law, notably international human rights, humanitarian and refugee law, is binding on the activities of the United Nations Secretariat, and is committed to complying with the corresponding obligations".

Ban-Ki Moon, Secretaris-Generaal VN, 'Delivering Justice: programme of action to strengthen the rule of law at the national and international levels', VN doc. A/66/749, 16 maart 2012, par. 11.

"Dat de VN in het kader van haar 'proper functioning' zoals omschreven in het Handvest VN eerder immuniteit zal toekomen dan welke andere internationale organisatie dan ook, legt op de VN naar mijn mening een zware verplichting zorg te dragen voor een effectieve alternatieve rechtsgang voor de beslechting van geschillen die naar aanleiding van VN vredesoperaties tussen de organisatie en burgers zijn ontstaan. Ik moge (...) de wens uitspreken dat voor de toekomst een adequate oplossing zal worden geboden."

Conclusie advocaat-generaal Mr. P. Vlas in Stichting c.s. tegen Nederland en VN, LJN: BW1999, Hoge Raad, 10/04437, 25 januari 2012, onderdeel 2.26.

Inleiding

Na het einde van de Koude Oorlog is het schering en inslag dat internationale organisaties hun lidstaten oproepen zich te houden aan de beginselen van behoorlijk bestuur en internationaal recht. Nicuw is dat met een zekere regelmaat ook de gedragingen van internationale organisaties zelf onder de loep worden genomen met de vraag of de eigen praktijk overeenstemt met dat waartoe zij hun lidstaten oproepen. Met andere woorden: *do they practice what they preach?* Zeker in het geval dat internationale organisaties het respect voor mensenrechten en fundamentele vrijheden willen bevorderen, is het een terechte vraag in hoeverre deze organisaties zelf die rechten eerbiedigen. Vermeende schendingen worden in toenemende mate aan de kaak gesteld, niet alleen binnen de internationale organisaties zelf maar steeds vaker ook in de media en via nationale rechterlijke procedures. Van dat laatste getuigen de rechtszaken die de Mothers van Srebrenica tegen de VN en het New Yorkse kamermeisje tegen voormalig IMF directeur-generaal Strauss-Kahn hebben aangespannen. Veelal lopen dergelijke rechtszaken reeds in de preliminaire fase vast op het beginsel van immuniteit van internationale organisaties. Wat ook de blijvende merites van die immuniteit mogen zijn (iets wat in dit preadvies benadrukt zal worden), duidelijk is dat in een mondiale samenleving louter een beroep op de formele immuniteit van internationale organisaties en hun functionarissen als vrijwaring voor rechtsvervolgning kritiek oproept en een gevoel van onbehagen schept. Dit is zeker het geval in situaties waar geen alternatieve rechtswegen open staan om verhaal te zoeken voor de vermeende misdadingen van internationale organisaties en hun functionarissen.

Dit preadvies behandelt in het bijzonder de immuniteit van de VN als internationale organisatie en van de personen die de VN vertegenwoordigen, zoals de Secretaris-Generaal. Na een algemene bespreking van de redenen voor en de reikwijdte en de praktijk van de immuniteit in het internationale publiekrecht, gaat paragraaf 2 dieper in op de rechtsbronnen die immuniteit aan de VN verlenen. Paragraaf 3 bespreekt relevante jurisprudentie, achtereenvolgens van het Internationaal Gerechtshof, het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en buitenlandse nationale gerechten. Het preadvies geeft in paragraaf 4 een korte beschrijving van de meest relevante zaken van internationale organisaties voor de Nederlandse rechter. Bovendien bevat deze paragraaf een uitgebreide *case study* van de zaak tussen de Stichting 'Mothers of Srebrenica' c.s. tegen de VN voor de rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad. Paragraaf 5 schetst alternatieve rechtswegen voor de afwikkeling van claims tegen de VN, met inachtneming van hedendaagse internationale normen voor toegang tot de rechter, behoorlijke procesgang en rechtsherstel. Het preadvies besluit met een aantal aanbevelingen in paragraaf 6.

Dit preadvies gaat niet in op rechterlijke procedures tegen individuele medewerkers van internationale organisaties omdat dit een andere categorie rechtszaken betreft, met andere regels en een andere praktijk. Voorbeelden betreffen verkeersovertredingen waarbij werknemers of voertuigen van de VN zijn betrokken en procedures naar aanleiding van beschuldigingen van seksueel misbruik door personeel van de VN, al dan niet tijdens vredesbewarende operaties, iets wat vaak grote aandacht in de media krijgt. In het eerste geval hanteert de VN de praktijk om de immuniteit op te geven,¹ in het tweede geval leunt de VN veelal op de procedures in het nationale verband van de politie- of troepenmacht.² Dit preadvies gaat echter vooral in op de immuniteit van de VN en op rechtszaken tegen de VN als organisatie of tegen haar vertegenwoordigers in de uitoefening van hun internationale publieke functie.

1. Het leerstuk van de immuniteit

Deze paragraaf geeft eerst een omschrijving van het begrip immuniteit en gaat vervolgens op de verschillende verschijningsvormen van immuniteit in.

1.1 Definities

Met immuniteit wordt bedoeld dat een bepaald rechtssubject niet voor een nationale rechter ter verantwoording geroepen kan worden en – zo wordt er vaak aan toegevoegd – onschendbaar is. Immuniteit van rechtsmacht kan bestaan voor strafrechtelijke, civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken. Immuniteit wil niet zeggen dat deze rechtssubjecten boven de wet staan, maar alleen dat handhaving of afdwinging door de rechter niet mogelijk is. Vaak worden immuniteiten in één adem genoemd met privileges of voorrechten, die verwoorden dat een bepaald rechtssubject bijzondere rechten geniet, zoals vrijstelling van belastingen en openbare lasten. Immuniteit wordt wel gezien als een procedurele uitzondering op de rechtsprekende of uitvoerende macht, terwijl een privilege een uitzondering

1. VN Secretary-General, S-G A/CN.4/L.383 en Add. 1-3, 'Relations between States and International Organizations (second part of the topic). The Practice of the United Nations, the specialized agencies and the International Atomic Energy Agency concerning their status, privileges and immunities, study prepared by the Secretariat' (1985), Hoofdstuk 2, sectie 8.
2. Een overzicht van deze maatregelen is te vinden op de website van de VN: 'Protection from Sexual Exploitation and Abuse by UN and Related Personnel, Major Achievements', <http://www.un.org/en/pscataskforce/achievements.shtml>, laatst bezocht op 03-01-2013. Zie ook G. Simm, *Sex in Peace Operations*, Cambridge: Cambridge University Press (2013).

vormt op de wetgevende jurisdictie. Immuniteit is derhalve een procedurele uitzondering en geeft geen substantiële vrijstellingen, terwijl dit bij een privilege precies andersom is. Dit onderscheid wordt overigens niet altijd even consequent gehandhaafd.³ Immuniteit wordt in de meeste gevallen gedefinieerd als een uitzondering en speelt alleen een rol als normaal gesproken de bevoegdheid tot rechtspreken of handhaven aanwezig is.⁴

1.2 Immuniteit in soorten en maten

Traditioneel komt immuniteit toe aan staten en hun vertegenwoordigers. Met de sterke groei van internationale samenwerking in de 20^{ste} eeuw zijn daar ook internationale organisaties en hun vertegenwoordigers bij gekomen. We kennen immuniteit inmiddels in diverse soorten en maten (zie ook bijlage 1). Aanvankelijk kwam een staat in het internationale rechtsverkeer absolute immuniteit toe en zo ook zijn vertegenwoordigers, zoals regeringsfunctionarissen, diplomaten en gezanten.⁵ Inmiddels is de relatieve immuniteitsleer meer in zwang, in de zin dat de soevereine staat zich in het internationale rechtsverkeer alleen op immuniteit kan beroepen als hij *iure imperii*, d.w.z. als overheid in de uitoefening van zijn publiek gezag, heeft gehandeld. Voor gewone handelstransacties kan geen staatsimmuniteit worden ingeroepen om zich bij geschillen aan de rechtsmacht van een andere staat te onttrekken. Dan handelt de overheid *iure gestionis*, op voet van gelijkheid met particuliere personen. Zo ook is de persoonlijke immuniteit van personen die de staat vertegenwoordigen (immuniteit *ratione personae*) en die namens de staat handelen, wel iets van zijn absolute karakter aan het verliezen. Persoonlijke of volledige immuniteit geldt nog slechts voor een handjevol overheidsfunctionarissen, waaronder staats-hoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken.⁶ Voor het ongestoorde verloop van de internationale betrekkingen wordt het noodzakelijk geacht dat zij absolute immuniteit genieten en niet door een vreemde rechter op het matje kunnen worden geroepen. Maar voor alle overige ambtsdragers is de absolute immuniteit omgezet in functionele immuniteit, d.w.z. dat deze alleen geldt voor de handelingen die zij in hun officiële hoedanigheid en namens de staat verrichten (immuniteit *ratione materiae*).⁷

3. Reinisch (2004), p. 13-14.

4. Schermers en Blokker (2011), p. 258. Zie ook Stoll (2011).

5. Zie Van Alebeek (2007).

6. Zie daarover Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken, 'Advies inzake de immuniteit van buitenlandse ambtsdragers', Advies nr. 20, Den Haag, mei 2011, en de regeringsreactie d.d. 19 oktober 2011, Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 33000 V, nr. 9.

7. Schrijver (2011), p. 85.

1.3 De rationale van immuniteit

De reden en de reikwijdte van immuniteit is afhankelijk van de (rechts)persoon aan wie immuniteit is verleend. Dit preadvies concentreert zich op de immuniteit van internationale organisaties, in het bijzonder van de VN. Privileges en immuniteiten zijn onontbeerlijk voor het onafhankelijk en effectief kunnen functioneren van internationale organisaties. Een voortdurende dreiging dat zij voor hun (niet-)handelen voor een nationale rechterlijke instantie in een lidstaat (de VN telt 193 lidstaten!) ter verantwoording kunnen worden geroepen, kan hun functioneren niet alleen ernstig belemmeren maar ook voorwerp van willekeur en politisering maken. Bovendien is het principiële onjuist dat een uitspraak van de rechterlijke macht in één bepaalde lidstaat de reikwijdte van hun optreden kan beperken of hinderen en op deze wijze wereldwijde gevolgen kan hebben. Hoe groot ook de verschillen tussen internationale organisaties en staten zijn, toch is het interessant een globale vergelijking te maken tussen de immuniteit van staten en zijn vertegenwoordigers, zoals staatshoofden en ministers, en de immuniteit verleend aan de VN en haar vertegenwoordigers.

1.4 Staatsimmuniteit

Staatsimmuniteit is gebaseerd op het beginsel van de soevereine gelijkheid van staten, stevig verankerd in artikel 2(1) VN-Handvest. Vanwege die formele gelijkheid werd het niet wenselijk geacht dat een staat over een andere staat kon oordelen. Dit wordt ook uitgedrukt in het principe *par in parem non habet imperium* (zijn gelijke mag men niet berechten).⁸ Staten kunnen zich ten overstaan van buitenlandse gerechten op immuniteit beroepen, maar kunnen uiteraard wel voor de eigen nationale rechtbanken ter verantwoording worden geroepen. Het verlenen van immuniteit aan staten was aanvankelijk een gebaar van goede wil in het internationale verkeer, maar werd allengs een beginsel van internationaal gewoonterecht. Als zodanig was staatsimmuniteit lange tijd een absoluut en onvoorwaardelijk principe. Dit is nu aan het veranderen. Allereerst kwamen na 1945 puur private gedragingen van een staat (*acta iure gestionis*) buiten het toepassingsbereik van immuniteit te liggen.⁹ Vanaf begin jaren '90 worden in de internationale rechtsbetrekkingen ook handelingen die in strijd zijn met fundamentele normen van internationaal recht (waaronder mensenrechten-

8. Belsky e.a. (1989), p. 378; de regel *par in parem non habet imperium* werd reeds in 1354 beschreven door Bartolus de Saxoferrato in *Tractatus de regimine civitatis*; zie ook Stoll (2011).

9. Stoll (2011) en Yang (2012). Zie ook Belsky e.a. (1989) voor een beschrijving van het veranderende concept van staatsimmuniteit en de wisselende opvattingen van staatsimmuniteit binnen de Verenigde Staten.

schendingen) niet gezien als soevereine handelingen, met als gevolg dat geen beroep op immuniteit mogelijk is.¹⁰

Het is opvallend dat staatsimmuniteit, een eeuwenoud beginsel, pas sinds korte tijd verankerd is in internationale verdragen. In 2004 werden de regels over staatsimmuniteit verwoord in het VN-Verdrag inzake de immuniteit van rechtsmacht van staten en hun eigendommen.¹¹ Voor die tijd berustte de doctrine voornamelijk op internationaal gewoonterecht. Wel bestonden er reeds diverse regionale verdragen, waaronder de Europese Conventie over Staatsimmuniteit (1972).¹²

In 2012 heeft het Internationaal Gerechtshof (IGH) uitspraak gedaan in de zaak tussen Duitsland en Italië over de rechtmatigheid van Italiaanse procedures tegen de Duitse staat vanwege ontneming van eigendomsrechten ten tijde van de Tweede Wereldoorlog. In dit arrest heeft het Hof zich uitgelaten over de reikwijdte van staatsimmuniteit en de verenigbaarheid daarvan met het recht op toegang tot de rechter en de schending van fundamentele normen. Duitsland had de zaak aangespannen en verzocht het Hof te oordelen dat Italië de immuniteit van Duitsland had geschonden door tussen 2004 en 2011 civiele zaken tegen de staat Duitsland te behandelen in de Italiaanse nationale gerechtshoven en bovendien vergelijkbare Griekse civiele uitspraken afdwingbaar te verklaren in Italië. Staatsimmuniteit werd in dit geval behandeld volgens internationaal gewoonterecht, omdat Italië geen partij is bij de Europese Conventie over Staatsimmuniteit. Het Hof oordeelt dat naar de huidige stand van het recht staten hun immuniteit niet 'kwijtraken' als zij beschuldigd worden van ernstige schendingen van internationale mensenrechten of internationaal humanitair recht. Vervolgens stelt het Hof dat er geen conflict bestaat tussen regels van *ius cogens* (dwingend recht) en het gewoonterecht inzake staatsimmuniteit. Deze twee categorieën van regels behandelen verschillende zaken. Regels over staatsimmuniteit zijn procedurele regels, opgesteld om te beoordelen of gerechten van een staat jurisdictie hebben in een zaak tegen een andere staat. Deze regels over staatsimmuniteit gaan niet over de rechtmatigheid van het gedrag dat centraal staat in de betreffende rechtszaak. Bovendien hebben verschillende nationale rechters eerder al geoordeeld dat *ius cogens*-normen geen inbreuk maken op staatsimmuniteit. Tot slot stelt het Hof dat er geen gewoonterechtelijke regel bestaat die het al dan niet verlenen van staatsimmuniteit afhankelijk maakt van de beschikbaarheid van effectieve alternatieve rechtsmiddelen. Nu geen van de drie argumenten van Italië om geen immuniteit aan Duitsland te verlenen (de ernst van de overtredingen, de onverenigbaarheid van staatsimmuniteit met *ius*

10. Zie Brus (2011) en Dekker en Ryngaert (2011).

11. UNCJISP (2004).

12. ECSI (1972).

cogens, en de afwezigheid van alternatieve rechtsmiddelen) het Hof overtuigde, onderzocht het Hof op verzoek van Italië nog of deze in combinatie wel een inbreuk op staatsimmunititeit zouden rechtvaardigen, maar ook dit verweer wees het Hof af. Het afwegen van argumenten voor en tegen staatsimmunititeit in een specifieke zaak zou naar het oordeel van het Hof het wezen van staatsimmunititeit aantasten.¹³

1.5 Immunititeit van gezagsdragers en overheidsfunctionarissen

Uit de immunititeit van de staat vloeit de immunititeit voort van personen die de staat vertegenwoordigen en die namens de staat handelen.¹⁴ Deze personen kunnen twee soorten immunititeit hebben: functionele of absolute immuniteit. Het betreft hier strafrechtelijke, maar ook civielrechtelijke en bestuursrechtelijke immuniteit. Functionele immuniteit is beperkt tot de handelingen van overheidsfunctionarissen in hun officiële hoedanigheid. Absolute, of ook wel persoonlijke of volledige immuniteit geldt voor alle gedragingen, ook privé-handelingen. Absolute immuniteit komt van oudsher alleen toe aan staatshoofden, maar algemeen wordt erkend dat deze in beginsel ook geldt voor regeringsleiders, ministers van buitenlandse zaken en diplomaten tijdens hun verblijf in het buitenland. Absolute immuniteit wordt noodzakelijk geacht voor het ongestoorde verloop van internationale betrekkingen. Net als staatsimmuniteit, staat ook de absolute immuniteit van deze gezagsdragers steeds meer ter discussie. Meer en meer groeit de overtuiging dat voor ernstige internationale misdrijven individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid geldt, in welke hoedanigheid de personen ook gehandeld hebben. Dit wordt ook geregeld in bijvoorbeeld het Anti-Genocideverdrag (1949), het Verdrag tegen Foltering (1984), het Statuut van het Internationaal Strafhof (1998) en het Verdrag tegen Gedwongen Verdwijningen (2006). Op het gebied van ernstige internationale misdrijven wint het belang van de bestrijding van straffeloosheid en de nieuwe verplichting tot het vestigen van nationale en universele rechtsmacht het voetje voor voetje van de aloude immuniteit van ambtsdragers. Bij de overige delicten blijft de immuniteit van ambtsdragers wel overeind. Dit is ook vastgelegd in artikel 16 van de Nederlandse Wet Internationale Misdrijven, die aangenomen is naar aanleiding van de bekrachtiging door Nederland van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof. De Wet Internationale Misdrijven sluit strafvervolgung uit ten aanzien van buitenlandse staatshoofden, regeringsleiders en ministers van buitenlandse zaken, zolang zij

13. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Internationaal Gerechtshof, Judgment, 3 februari 2012.

14. Zie Brus (2011).

als zodanig in functie zijn, alsmede andere personen voor zover hun immuniteit door het volkenrechtelijk gewoonterecht wordt erkend.¹⁵

1.6 Immunititeit en aansprakelijkheid van internationale organisaties

Immunititeit van internationale organisaties verschilt in veel opzichten van staatsimmuniteit. Zij zijn immers niet soeverein, beschikken niet over eigen grondgebied en zijn ook niet uitgerust met een eigen rechterlijke macht, waardoor niet automatisch een alternatieve rechtstoegang bestaat. Bovendien zijn organisaties nog minder dan staten gelijk aan elkaar, door de grote verschillen in bevoegdheden en functies.¹⁶ Tegenover de aanvankelijk absolute, maar later steeds meer begrensde immuniteit van staten, staat de functionele immuniteit van internationale organisaties. Dit concept kan op twee manieren worden opgevat. Functionele immuniteit kan de reden voor verlening van immuniteit aangeven: organisaties hebben immuniteit nodig voor het effectief kunnen uitoefenen van de opgedragen functies. In dit geval kan de immuniteit absoluut en onvoorwaardelijk zijn. Functionele immuniteit kan ook de reikwijdte van de immuniteit aangeven: een organisatie heeft zoveel immuniteit als nodig voor het uitvoeren van haar specifieke functies.¹⁷ De Nederlandse rechtspraak volgt deze laatste optie (vergelijk paragraaf 4). Toch is een keuze tussen absolute en functionele immuniteit vaak niet eenvoudig. Geredeneerd kan worden dat organisaties alleen bevoegd zijn tot die handelingen die binnen de uitvoering van hun functies vallen. In dat geval vallen functionele en absolute immuniteit volledig samen. Daarbij komt dat veranderingen binnen het concept van staatsimmuniteit hun invloed zullen hebben op de immuniteit van internationale organisaties, zeker in de gevallen waarin internationale organisaties letterlijk dezelfde immuniteit als die van staten is toegekend.¹⁸

De reden voor het verlenen van immuniteit is het onafhankelijk en effectief functioneren van internationale organisaties. Deze kunnen immers alleen goed functioneren als zij de vrijheid hebben om beslissingen te nemen en uit te voeren en als hun personeel, goederen en gebouwen beschermd zijn. Het goed functioneren van internationale organisaties vereist immuniteit van de jurisdictie van het gastland en van overige lidstaten. Deze rationale komt ook telkens naar voren in de rechtspraak betreffende inter-

15. Wet Internationale Misdrijven (2003); CAVV-advies (2011), p. 42-46; Schrijver (2011), p. 84v.

16. Reinisch en Kodek (2006), p. 4.

17. Reinisch (2004), p. 331 en Dekker en Ryngaert (2011), p. 92v.

18. Reinisch (2004), p. 332-336.

nationale organisaties en de documenten van internationale organisaties waarin de immuniteit is vastgelegd.¹⁹

De immuniteit van internationale organisaties is veelal geregeld in het oprichtingsverdrag van de organisatie, in het zetelverdrag tussen het gastland en de organisatie en soms verder uitgewerkt in een multilateraal verdrag of in nationale wetgeving. Bij het ontbreken van geschreven bepalingen over immuniteit, kan immuniteit ook worden toegekend op basis van internationaal gewoonterecht,²⁰ zoals gebeurde in de Nederlandse zaak van A. Spaans tegen Iran-United States Claims Tribunal.²¹ Ten slotte kunnen nationale wetgeving en beleid regels over immuniteit bevatten. Omdat een land meestal ook gebonden is aan multilaterale verdragen over immuniteit, een gastlandovereenkomst of aan bepalingen die de voorrang van internationaal recht op nationaal recht regelen, zullen deze nationale bepalingen echter veelal van minder belang zijn. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het Nederlandse beleidsvoorstel om de voorrechten en immuniteiten van in Nederland gevestigde internationale organisaties en personeel te harmoniseren. Dit beleidsplan was maar deels succesvol omdat Nederland reeds gebonden was aan verschillende gastlandovereenkomsten en constitutionele verdragen die voorrang hebben op de Nederlandse wetgeving.²²

Naast regels over de immuniteit van internationale organisaties worden ook in toenemende mate regels opgesteld die de verantwoordelijkheid van organisaties voor hun daden regelen. In 2011 nam de *International Law Commission* van de VN (ILC, ingesteld in 1948 met als doel de bevordering van de ontwikkeling van het internationale recht en de codificatie daarvan)²³ de ontwerpartikelen over de aansprakelijkheid van internationale organisaties aan. De Algemene Vergadering (AVVN) heeft deze voor kennisgeving aangenomen²⁴ en (nog) niet een diplomatieke conferentie bijeengeroepen om deze in een verdrag om te zetten. Vooralsnog zijn de daarin opgenomen regels dan ook niet bindend. Wel reflecteren zij voor een groot deel internationaal gewoonterecht en dragen zij bovendien bij

19. Zie Crawford (2012), p. 171; en Wickremasinghe (2009). Vergelijk ook de jurisprudentie in dit preadvies waarin steeds geoordeeld wordt dat immuniteit een legitiem doel dient, namelijk het goed functioneren van de organisatie.

20. VN Special Rapporteur Leonardo Díaz-González, A/CN.4/424 and Corr.1, 'Fourth report on relations between States and International Organizations (second part of the topic)', 24 april 1989, Extract from the Yearbook of the International Law Commission, Vol. II (1) (1989), p. 158.

21. Ary Spaans v. Iran-United States Claims Tribunal, Hoge Raad 20 december 1985, LJN: AC9158, NJ 1986. 438.

22. Ministerie van Buitenlandse Zaken, 'Zetel akkoord? Eindrapport van de werkgroep Beleidskader werving en opvang internationale organisaties', Interdepartementaal Beleidsonderzoek, Ronde 2001/2002, nummer 8.

23. Zie VN General Assembly, A/RES/174(II), 21 november 1947.

24. Zie VN General Assembly, A/RES/66/100, 27 februari 2012, par. 6A.

aan de vorming van een *opinio iuris* over welke regels gelden voor de aansprakelijkheid van internationale organisaties. De belangrijkste regel is verwoord in artikel 3: elke internationale onrechtmatige daad van een internationale organisatie leidt tot internationale aansprakelijkheid van de organisatie. Deze regel is het gevolg van de erkenning van de rechtspersoonlijkheid van internationale organisaties, die onafhankelijk is van de staten die haar hebben opgericht (zie de *Reparation for injuries*-zaak, in paragraaf 3).²⁵ Artikel 4 bepaalt wat een internationale onrechtmatige daad is: de daad moet onder internationaal recht toe te rekenen zijn aan de organisatie en de daad moet een schending van een internationale verplichting van de organisatie inhouden. Voor de aansprakelijkheid bij internationale missies, waaronder vredesoperaties, is het van belang dat het gedrag van een orgaan of functionaris van een internationale organisatie of entiteiten die door een staat ter beschikking van een internationale organisatie worden gesteld, wordt toegerekend aan de organisatie die de effectieve controle uitoefent over het gedrag van die organen of functionarissen (art. 7). De ontwerp artikelen bevatten ook de verplichting tot rechtsherstel, waaronder schadevergoeding, als gevolg van de aan de organisatie toerekenbare schending van een verplichting.²⁶ Toch zijn er omstandigheden denkbaar waarin een lidstaat (mede-)verantwoordelijk zal zijn voor deze daden. Staten kunnen (mede)aansprakelijk zijn bij hulp en medeplichtigheid aan onrechtmatige daden (art. 58), als zij leiding geven of de controle hebben over de betreffende gedragingen (art. 59), dwang uitoefenen op de organisatie (art. 60) of verantwoordelijkheid accepteren (art. 62).²⁷

Deze ontwerp artikelen van de ILC bevatten geen bepalingen over de immuniteit van internationale organisaties. De enige indirecte verwijzing is te vinden in artikel 67 waarin wordt gesteld dat de ontwerp artikelen geen afbreuk doen aan het VN-Handvest. Artikel 105 van het Handvest bepaalt de immuniteit van de volkerenorganisatie (zie paragraaf 2) en op grond van dit artikel kan de VN niet in rechte aansprakelijk gesteld worden voor onrechtmatige daden.

1.7 Een vergelijking tussen soorten immuniteit

Staatsimmuniteit vertoont verschillende overeenkomsten met de immuniteit van internationale organisaties. Toch stelde de VN in 1980 dat staatsimmuniteit niet daarmee gelijk gesteld kan worden, omdat beide soorten immuniteit een andere achtergrond en reden hebben. Om die reden kunnen

25. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Internationaal Gerechtshof, Advisory Opinion of 11 april 1949, ICJ Reports 174 (1949).

26. ILC-DARIO (2011), paragraaf 87.

27. Crawford (2012), p. 183.

veranderende opvattingen over staatsimmunitet niet automatisch geprojecteerd worden op die over de immuniteit van internationale organisaties.²⁸ Tot diezelfde conclusie komt de Speciale Rapporteur van de ILC over de relaties tussen staten en internationale organisaties. De ruime immuniteit van internationale organisaties, afgezet tegen de afnemende immuniteit van staten, is gerechtvaardigd op basis van het feit dat organisaties namens alle lidstaten handelen, terwijl staten uiteraard vooral hun eigen belangen najagen. Opmerkelijk is dat de Rapporteur diverse parallellen trekt tussen de immuniteit van staten en die van internationale organisaties, terwijl de VN benadrukte dat beide totaal verschillend zijn.²⁹

Ook de immuniteit van functionarissen van de VN vertoont overeenkomsten met de immuniteit van staatshoofden en diplomaten. Toch zijn ook hier belangrijke verschillen aan te wijzen. Een diplomaat valt onder de jurisdictie van de eigen staat, maar dat is bij vertegenwoordigers van de VN niet het geval. Een tweede verschil is dat diplomatieke immuniteit gebaseerd is op wederkerigheid. Bij een schending van de diplomatieke immuniteit kan een staat tegenmaatregelen treffen tegen de diplomaten van het betreffende land. Bij internationale organisaties bestaat er geen vergelijkbare wederkerige relatie.³⁰ Ten slotte heeft een staat in het kader van zijn algemene recht tot het uitoefenen van diplomatieke bescherming meer middelen tot zijn beschikking om op de bres te springen voor zijn functionarissen en onderdanen dan een internationale organisatie heeft voor haar medewerkers.

2. Immunitet van de VN

Wanneer het over de bijzondere positie van internationale organisaties gaat, springt de VN direct in het oog. Vrijwel alle staten zijn lid van deze volkerenorganisatie (thans 193) die een zeer uitgebreid takenpakket heeft. In diverse rechterlijke procedures – internationaal, regionaal en nationaal – is onderstreept dat de VN een unieke organisatie is met bijzondere verantwoordelijkheden. Het Internationaal Gerechtshof heeft onder meer in zijn advies over de *Reparations for Injuries*-zaak gewezen op de zelfstandige

28. VN, Amicus curiae brief in 'Marvin R. Broadbent et al. v. Organization of American States: Decision of 8 January 1980', Reprinted in United Nations Juridical Yearbook (1980), Chapter VII, p. 227. Zie ook Schermers en Blokker (2011), pp. 1031-1033, par. 1610.

29. VN Spec. Rapp. Leonardo Díaz-González, A/CN.4/424 and Corr.1, 'Fourth report on relations between States and International Organizations (second part of the topic)', (24 april 1989). Extract from the Yearbook of the International Law Commission, Vol. II (1), 153 (1989), par. 24-33.

30. Crawford (2012), p. 171.

rechtspersoonlijkheid van de VN in het licht van de opgedragen taken. In het *Lockerbie*-arrest wees het Internationaal Gerechtshof op de vergaande bevoegdheden van de Veiligheidsraad op het terrein van vrede en veiligheid.³¹ Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens noemde in dit verband de unieke verantwoordelijkheden van de VN-Veiligheidsraad die verband houden met vrede en veiligheid en het verbod op het gebruik van geweld.³² De Hoge Raad in Nederland oordeelde dat de VN onder de internationale organisaties een bijzondere plaats inneemt, gelet op het belang van de handhaving van internationale vrede en veiligheid.³³

2.1 Rechtsbronnen van de immuniteit van de VN

De immuniteit van de VN vloeit voort uit artikel 105 van het VN-Handvest en is nader uitgewerkt in het Verdrag nopens de voorrechten en immuniteiten van de Verenigde Naties van 1946.³⁴ Voorts zijn immuniteitsregels opgenomen in de zogenaamde zetelverdragen die de VN heeft gesloten met diverse landen die gastvrijheid aan de VN en haar instellingen verlenen. Daarnaast hebben ook verscheidene staten nationale wetgeving uitgevaardigd over de immuniteit van internationale organisaties, waaronder de Verenigde Staten via de International Organisations Immunities Act van 1945.³⁵

Krachtens artikel 105 VN-Handvest geniet de VN de voorrechten en immuniteiten op het grondgebied van elk van haar lidstaten, die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van haar functies. De formulering ('shall enjoy') maakt duidelijk dat het hier om een internationale verplichting van de lidstaten jegens de VN gaat. Lid 2 kent ook aan de vertegenwoordigers van de lidstaten alsmede de ambtenaren van de VN de voorrechten en immuniteiten toe die noodzakelijk zijn voor een onafhankelijke uitoefening van hun functies in verband met de organisatie. Hier valt het woord 'onafhankelijk' op, dat nog eens onderstreept dat lidstaten het internationale karakter van de taken van de VN-ambtenaren dienen te eerbiedigen en niet moeten trachten hen te beïnvloeden bij de uitvoering van hun

31. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Internationaal Gerechtshof, Advisory Opinion of 11 april 1949, ICJ Reports 174 (1949); Case concerning questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie, Internationaal Gerechtshof, Preliminary Objections, Judgment, 27 februari 1998.
32. Gevoegde zaken van Agim Behrami en Bekir Behrami v. France en Ruzhdi Saramati v. Frankrijk, Duitsland en Noorwegen, zaken no. 71412/01 en no. 78166/01, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, Grand Chamber, Admissibility, 2 Mei 2007, paragraaf 148.
33. Stichting 'Mothers of Srebrenica' c.s. tegen de Staat der Nederlanden en de VN, Hoge Raad 13 april 2012, LJN: BW1999, r.o.v. 4.1.1.
34. Zie voor een diepgaande behandeling Miller (2009).
35. IOIA, Verenigde Staten (1945).

taak (zie ook art. 100 VN-Handvest). Lid 3 regelt de bevoegdheid van de Algemene Vergadering van de VN terzake aanbevelingen te doen alsmede aan de lidstaten overeenkomsten tot dit doel voor te stellen. Het belangrijkste voorbeeld van het werk van de AVVN op dit terrein is het Verdrag nopens de voorrechten en immuniteiten van de Verenigde Naties.³⁶ Artikel II(2) van dit verdrag bepaalt dat de VN immuun zijn voor elke vorm van juridisch proces, tenzij uitdrukkelijk afstand van de immuniteit wordt gedaan. De eventuele opheffing van immuniteit strekt zich alleen uit tot de rechtsprekende jurisdictie, niet tot uitvoerende maatregelen. De VN is onder dit verdrag dus volledige functionele immuniteit toegekend. De positie van de VN is met name versterkt toen de Verenigde Staten in 1970 toetraden tot dit verdrag dat thans 159 partijen kent.³⁷ Nederland bekrachtigde dit verdrag reeds op 19 april 1948.

Het verdrag stelt uitdrukkelijk dat immuniteit niet wordt verleend voor het persoonlijk voordeel van ambtenaren van de VN, maar om het onafhankelijk uitvoeren van hun functies te beschermen. Daarom bestaat voor de Secretaris-Generaal het recht en de verplichting deze immuniteit op te heffen en de rechtsgang niet te belemmeren wanneer dit niet schadelijk is voor de belangen van de VN (de zgn. *waiver*). In het geval van de Secretaris-Generaal zelf heeft de Veiligheidsraad dit recht.³⁸ In het CPIUN is ook vastgelegd dat de VN bepalingen moet vaststellen voor een passende afwikkeling van privaatrechtelijke geschillen waarbij de VN partij is. Ditzelfde geldt voor arbeidsgeschillen waarbij ambtenaren van de VN zijn betrokken.³⁹ Deels in vervolg hierop heeft de VN in 1949 het administratieve tribunaal van de VN opgericht. De bevoegdheden van dit tribunaal strekken zich uit tot rechtsgeschillen over de contracten en aanstellingsvoorwaarden van medewerkers van de VN.⁴⁰ In diverse zaken heeft het tribunaal zijn bevoegdheden ruim geïnterpreteerd, waardoor ook werknemers met een ander dienstverband, zoals een 'special service contract', een beroep kunnen doen op het tribunaal.⁴¹ Het tribunaal verwoorde in de

36. CPIUN (1946).

37. VN Secretary-General, A/CN.4/L.383 en Add. 1-3, 'Relations between States and International Organizations (second part of the topic). The Practice of the United Nations, the specialized agencies and the International Atomic Energy Agency concerning their status, privileges and immunities, study prepared by the Secretariat' (1985), hoofdstuk 2, sectie 8.

38. CPIUN (1946), Art V, section 20.

39. CPIUN (1946), Art VIII, section 29.

40. UNAT Statute (1949), art 2(1).

41. *Salaymeh v. UNRWA*, UN Administrative Tribunal, 17 november 1990, Judgment no. 469 (unpublished); *Irani v. Secretary-General of the United Nations*, UN Administrative Tribunal, 6 oktober 1971, Judgment no. 150, *United Nations Juridical Yearbook* 162 (1971); *Toixeira v. Secretary-General of the United Nations*, UN Administrative Tribunal, 14 oktober 1977, Judgment 230, *United Nations Juridical Yearbook* 138 (1979); Reinisch (2004), p. 272-273.

zaak *Zafari vs. UNRWA*, dat het zijn competentie ruim opvat in geval van een vacuüm in de Staff Regulations and Staff Rules en er voor bepaalde werknemers geen gang naar de rechter openstaat.⁴² In 2008 heeft een ingrijpende hervorming plaatsgehad, met – in de woorden van de Algemene Vergadering (AVVN) – als doel het in het leven roepen van een ‘new, independent, transparant, professionalized, adequately resourced and decentralized system of administration of justice’.⁴³ De AVVN richtte een systeem op, bestaande uit twee lagen: het UN Dispute Tribunal (met vestigingen in Genève, Nairobi en New York) en het UN Appeals Tribunal (New York). Het gaat hier om arbeids- en personeelskwesties binnen de Organisatie. Deze tribunalen hebben geen competentie in privaatrechtelijke zaken tussen de VN en een derde partij.⁴⁴

2.2 Raison d’être van de immuniteit van de VN

De reden van de immuniteit van de VN is allereerst gelegen in de noodzaak het onafhankelijke en ongehinderde functioneren van de volkerenorganisatie mogelijk te maken en te beschermen,⁴⁵ zoals door de organisatie zelf uitgelegd in een *amicus curiae* brief. Het oprichtingsdocument van een internationale organisatie bepaalt volgens de VN precies wat voor invloed individuele lidstaten op de collectieve organisatie kunnen uitoefenen. Pogingen om via rechtspraak ‘extra’ invloed uit te oefenen op een organisatie is in strijd met de afspraken die lidstaten hebben gemaakt wat betreft de inrichting en het functioneren van de organisatie. Organisaties moeten onafhankelijk van hun lidstaten kunnen opereren, op basis van (onafhankelijk) internationaal recht en niet op basis van wisselend nationaal recht.⁴⁶ Een gelijke en eerlijke verdeling van de betrokkenheid van lidstaten bij de VN wordt dus mede als een belangrijke rationale gezien achter het verlenen van immuniteit aan de VN. Voorkomen moet worden dat landen door nationale wetgeving en rechtspraak extra invloed kunnen uitoefenen op de VN, bijvoorbeeld doordat een kantoor van de VN in hun land gevestigd is, of een internationale missie op hun grondgebied plaatsvindt.

42. *Zafari v. UNRWA*, UN Administrative Tribunal, 10 november 1990, Judgment no. 461 (unpublished). Zie ook: Reimisch (2008).

43. VN General Assembly, A/RES/62/228, 6 februari 2008.

44. UNDT Statute (2008). De Statuten van het UN Dispute Tribunal en het UN Appeals Tribunal zijn opgenomen in Annex I bij A/RES/63/253, 24 december 2008.

45. Nollkaemper (2011), p. 179.

46. United Nations, *Amicus curiae* brief in ‘*Marvin R. Broadbent et al. v. Organization of American States: Decision of 8 January 1980*’, Reprinted in United Nations Juridical Yearbook (1980), Chapter VII, p. 227.

2.3 Aansprakelijkheid van de VN

Hoewel er geen tribunaal is opgericht voor de afwikkeling van schadeclaims van derden tegen de VN, zijn er wel degelijk regelingen getroffen. Met name eind jaren '90 is er veel veranderd met betrekking tot de regels voor internationale vredesmissies. In deze jaren heeft de VN zich gecommitteerd om ook zelf de beginselen van internationaal humanitair recht na te komen en heeft zij beperkte aansprakelijkheid aanvaard voor schade die ontstaat als gevolg van een internationale missie.

Wat betreft de naleving van internationaal humanitair recht, werd in de overeenkomst voor de missie in Rwanda in 1993 voor het eerst overeengekomen dat de strijdkrachten van de VN hun missie zouden uitvoeren met respect voor de geest en de beginselen van de conventies die van toepassing zijn op de gedragingen van militair personeel en dat er op zou worden toegezien dat alle personen binnen de missie bekend zijn met deze principes. Vrijwel direct werd duidelijk dat meer uitwerking nodig was van 'de geest en principes van de algemene conventies'. Na diverse bijeenkomsten op initiatief van het Internationale Rode Kruis stelde de Secretaris-Generaal het *Bulletin on the Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law* op. Dit Bulletin werd van kracht op 12 augustus 1999, ter gelegenheid van de 50ste verjaardag van de Conventies van Genève. Het Bulletin, dat de belangrijkste normen van internationaal humanitair recht beschrijft, is van toepassing op operaties van de VN die ook onder de leiding en controle van de VN worden uitgevoerd. In de gevallen waarin de operaties nationaal of regionaal worden geleid, is het de verantwoordelijkheid van de desbetreffende staten het respect voor het internationale humanitair recht te garanderen.⁴⁷

In de loop der jaren namen de missies van de VN zodanig toe in aantal, karakter en diversiteit in een tijd dat de VN bovendien moest bezuinigen op financieel en personeelsgebied, dat de Algemene Vergadering de Secretaris-Generaal heeft verzocht aanbevelingen op te stellen om de aansprakelijkheid van de VN te beperken. Deze aanbevelingen zijn vervolgens door de Algemene Vergadering opgenomen in Resolutie 52/247.⁴⁸ Deze Resolutie is van toepassing op claims in verband met verwondingen, ziekte of dood van personen en voor verlies van of schade aan gebouwen voortkomend uit of toerekenbaar aan de gedragingen van leden van vredesoperaties in de uitvoering van hun officiële functie. Alleen in zeer uitzonderlijke gevallen als opzet of grove nalatigheid, gelden de beperkingen van de

47. VN S-G, Secretary-General's Bulletin, 'Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law', 6 augustus 1999, ST/SGB/1999/13; Shrags (2000), p. 406-409; Zwanenburg (2005).

48. VN General Assembly, A/RES/52/247, 17 juli 1998.

aansprakelijkheid niet.⁴⁹ Door de beperkingen onder de Resolutie worden claims alleen in behandeling genomen binnen zes maanden nadat de schade is ontdekt of ontstaan, en uiterlijk binnen een jaar na het aflopen van de missie. Alleen economische schade wordt vergoed, naar lokale tarieven, met een maximum van 50.000 dollar per claim. Schade die voortkomt uit *operational necessity* kan niet worden vergoed. Het is interessant te vermelden dat de troepencommandant van de VN beslist welke gedragingen onder die *operational necessity* vallen. Het begrip *operational necessity* komt overigens niet voor in de ILC-ontwerpartikelen als een omstandigheid die onrechtmatigheid uitsluit.⁵⁰

De inperking van de aansprakelijkheid van de VN lijkt op het eerste gezicht misschien redelijk en begrijpelijk, maar toch heeft deze inperking verstrekkende gevolgen. Schadeclaims boven 50.000 dollar worden in principe niet volledig vergoed. Dit lijkt in strijd met de norm van het Internationaal Verdrag voor Burger- en Politieke Rechten (IVBPR) die stelt dat personen wiens rechten onder de IVBPR zijn geschonden recht hebben op een effectief rechtsmiddel (*effective remedy*, zelfs ingeval van schending begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie) en de bepaling in de ILC-ontwerpartikelen die *full reparation* van aangerichte schade stipuleert.⁵¹ De Secretaris-Generaal van de VN heeft over de aansprakelijkheidsbeperking gesteld dat missies uitgevoerd met de expliciete of impliciete instemming van het gastland van voordeel zijn voor dat land. Gastlanden moeten daarom het risico dragen van een missie en deels de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid dragen voor schade als gevolg van een missie. Dit geldt dus niet voor landen die geen toestemming gaven voor een missie. Toch is het niet waarschijnlijk dat gastlanden schade veroorzaakt door VN-missies zullen vergoeden en zij zijn daartoe ook niet verplicht.⁵² Een misschien nog wel meer problematisch gevolg van de aansprakelijkheidsvermindering is het feit dat met de beperking van de aansprakelijkheid tot economische schade, en dus uitsluiting van immateriële (emotionele en overige) schade, hele categorieën van mensenrechtenschendingen, waaronder seksueel misbruik, uitgesloten worden van behandeling door een klachtencommissie of *review board* (zie paragraaf 2.4).⁵³

49. Shrager (2000), p. 406.

50. Zie de art. 20-27, die handelen over toestemming, zelfverdediging, tegenmaatregelen, *force majeure*, nood, noodzaak en het nakomen van dwingende normen, ILC-DARIO (2011). Zie ook Zwanenburg (2008), p. 32.

51. IVBPR (1966), art 2(3) en ILC-DARIO (2011), art. 34.

52. VN Secretary-General, A/51/903, Report of the Secretary-General on Administrative and Budgetary Aspects of Financing of the United Nations Peacekeeping Operations, 21 mei 1997. Zie ook Zwanenburg (2008).

53. UN Peacekeeping Law Reform Project (2010b), paragraaf 182.

2.4 *Modelovereenkomsten voor vredesbewarende VN-operaties*

Er bestaat een bijzondere rechtsbetrekking tussen een vredesmissie en het land waarin deze wordt uitgevoerd. De soevereiniteit van het gastland over het grondgebied blijft immers intact maar de missie opereert onder gezag van de VN. De relatie wordt gewoonlijk vastgelegd in een *status-of-forces agreement* (SOFA) of een *status-of-mission agreement* (SOMA). Hierin worden wederzijdse rechten en verplichtingen vastgelegd, maar ook praktische zaken als vluchtroutes en visa. Vaak worden ook regelingen getroffen voor immuniteiten en privileges en voor de afhandeling van schadeclaims. Het gastland blijft verantwoordelijk voor de bescherming van personen en goederen binnen zijn rechtsmacht, en dit geldt ook voor personen en goederen van de VN. De bepalingen van de overeenkomst met het gastland zijn per missie verschillend. Wel is er een model-SOFA, opgesteld in 1990. Op dit model zijn zowel SOFA's als SOMA's gebaseerd. SOFA's en SOMA's hebben dezelfde status en regelen grotendeels dezelfde zaken.⁵⁴ De overeenkomsten nemen soms de vorm aan van een volwaardig verdrag, maar kunnen ook gesloten worden via een uitwisseling van brieven. De bepalingen van het model dienen als basis voor de overeenkomst met het gastland.⁵⁵ De model-SOFA is opgesteld aan de hand van de bestaande praktijk met betrekking tot vredesmissies en gebaseerd op eerdere afspraken met gastlanden.⁵⁶ Sinds 1990 is de praktijk met betrekking tot vredesmissies sterk veranderd. Vóór die tijd was bijvoorbeeld de bevordering van respect voor mensenrechten of de bescherming van burgers nog niet een expliciete doelstelling van een missie. Andere veranderingen betreffen onder meer het Bulletin van de Secretaris-Generaal over de naleving van normen van internationaal humanitair recht, de AVVN-resolutie die de aansprakelijkheid van de VN beperkt, de praktijk om een *Memorandum of Understanding* (MOU) op te stellen met de troepenleverende staten, de komst van nieuwe communicatiemiddelen en het sluiten van andere typen contracten tussen de VN en derden. Opvallend is dat de model-SOFA tot op heden nooit is gewijzigd. Volgens de projectgroep *United Nations Peacekeeping Law Reform Project* geeft het model niet meer de huidige praktijk van vredesmissies weer en is het belangrijk het model te moderniseren. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat meer dan de helft van de 60 door de projectgroep bestudeerde SOFA's in sterke mate afwijkt van het model. De wijziging van het model is met name relevant omdat het soms maanden of zelfs langer duurt voor een 'missie-specifieke' SOFA wordt gesloten en tot die tijd het model van kracht is. Het sluiten van een SOFA

54. UN Best Practices Unit (2003), p. 13 en 135.

55. Model-SOFA (1990), paragraaf 2.

56. *Idem*, paragraaf 1.

is met name problematisch wanneer het gastland geen of niet aanstonds toestemming geeft voor de missie of daartoe niet bij machte is, denk bijvoorbeeld aan Somalië dat lange tijd geen functionerende regering kende. De toepasselijkheid van de verouderde model-SOFA heeft ook een belangrijk gevolg voor de immuniteit van de personen die de missie uitvoeren. Onder de model-SOFA zijn geen of onvoldoende bepalingen opgenomen voor medewerkers met een meer flexibele contractvorm en overige contractanten, waarvan de VN tegenwoordig veelvuldig gebruik maakt bij haar missies. Zolang geen missie-specifieke SOFA met de doelstaat is gesloten, bestaat het risico dat deze medewerkers voor de rechter in het gastland moeten verschijnen als zij in de problemen komen.⁵⁷

Volgens de model-SOFA geniet de vredesoperatie de immuniteiten, status en privileges van de VN zoals vastgelegd in de Conventie (CPIUN). Wanneer het gastland daar geen partij bij is, worden de immuniteiten vastgelegd in de SOFA. De immuniteit strekt zich ook uit tot personen en goederen van de zendstaten.⁵⁸ Bovendien wordt, onder verwijzing naar de CPIUN, voor verschillende categorieën personeel geregeld wat de reikwijdte van hun immuniteit is (absoluut of functioneel).⁵⁹ Het personeel van de VN (hieronder vallen dus niet de vrijwilligers en contractanten) geniet voor officiële handelingen immuniteit van rechtsvervolging, maar de Secretaris-Generaal van de VN heeft het recht en de verplichting daarvan eventueel afstand te doen. Militairen van nationale troepen zijn ook immuun voor rechtsvervolging in het gastland. Zij vallen geheel onder de strafrechtelijke jurisdictie van het troepenleverende land. De immuniteit van deze militairen kan om die reden ook niet opgeheven worden door de Secretaris-Generaal. Wel moeten deze troepenleverende landen in toeneemende mate garanties geven dat zij hun jurisdictie ook daadwerkelijk zullen uitoefenen in geval van overtredingen of misdrijven.⁶⁰

Over de afhandeling van geschillen is het volgende opgenomen in de model-SOFA:

... 'any dispute or claim of a private law character to which the United Nations peace-keeping operation or any member thereof is a party and over which the courts of [host country/territory] do not have jurisdiction because of any provision of the present Agreement, shall be settled by a standing claims commission to be established for that purpose. One

57. UN Peacekeeping Law Reform Project (2010b), paragraaf 134-144.

58. Model-SOFA (1990), paragraaf 15.

59. *Idem*, paragraaf 24-31.

60. Model-SOFA (1990), paragraaf 46. Vergelijk ook eerste model-MOU (1997) met de herziene versie (model-MOU (2007)).

member of the commission shall be appointed by the Secretary-General of the United Nations, one member by the Government and a chairman jointly by the Secretary-General and the Government.' (...) 'The awards of the commission shall be final and binding, unless the Secretary-General of the United Nations and the Government permit an appeal to a tribunal established in accordance with paragraph 53.' (...) ⁶¹

Allereerst valt op dat het in deze bepalingen slechts gaat over geschillen met een privaatrechtelijk karakter. Deze bepalingen kunnen dus niet worden gebruikt voor de beslechting van geschillen over de algehele internationale verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de VN, aangezien deze geschillen een publiekrechtelijk karakter hebben.⁶² In de tweede plaats wordt verwezen naar een 'standing claims commission', maar deze is tot op heden nooit opgericht. De afwikkeling van schadeclaims vindt plaats door middel van zogenoemde review boards of door middel van een afzonderlijke overeenkomst tussen de VN en het land waarin de missie plaatsvond, waarna vervolgens de desbetreffende staat verantwoordelijk wordt voor de afhandeling van individuele schadeclaims. Ook naar aanleiding van deze praktijk zou de model-SOFA geactualiseerd moeten worden.⁶³ Schadeafhandeling door middel van een overeenkomst tussen het gastland en de VN is zeker niet ideaal, omdat de staten waarin een internationale missie plaatsvindt niet altijd de capaciteiten of de middelen hebben om de onderhandelingen met de VN tot een goed resultaat te brengen en vervolgens de verkregen schadevergoeding op een eerlijke manier te verdelen over de afzonderlijke schadeclaims. De review boards, die enkel bestaan uit door de VN benoemde personen en dus in dat opzicht afwijken van de 'standing claims commission' zoals opgenomen in de model-SOFA, functioneren evenwel redelijk adequaat, in ieder geval tot op het moment dat het aantal claims substantieel toenam door meer en ook meer diverse internationale vredesoperaties.⁶⁴ Toch zijn er kritische kanttekeningen te plaatsen bij deze review boards, onder meer omdat de VN daarmee uitsluitend zelf verantwoordelijk is voor de afwikkeling van schadeclaims tegen de eigen organisatie. Een standing claims commissie, bestaande uit vertegenwoordigers van de staat waarin de missie plaatsvindt en vertegen-

61. Model-SOFA (1990), paragraaf 51. Paragraaf 53 stelt dat "Any other dispute between the United Nations peace-keeping operation and the Government, and any appeal that both of them agree to allow from the award of the claims commission established pursuant to paragraph 51 shall, unless otherwise agreed by the parties, be submitted to a tribunal of three arbitrators. The provisions relating to the establishment and procedures of the claims commission shall apply, mutatis mutandis, to the establishment and procedures of the tribunal. The decision of the tribunal shall be final and binding on both parties."

62. Zwanenburg (2008), p. 28.

63. UN Peacekeeping Law Reform Project (2010b), paragraaf 181-186.

64. Shraga (2000), p. 407-409.

woordigers van de VN, zou de claims onpartijdig kunnen beoordelen en afwikkelen. Bovendien zijn de review boards niet opgericht bij aanvang van missies, maar wanneer de VN oordeelde dat deze nodig waren. Dit geeft de VN zelf de bevoegdheid te bepalen of er toegang tot een klachtenprocedure wordt gecreëerd.⁶⁵

Ook de model-MOU bevat bepalingen voor de afwikkeling van schadeclaims. Voor claims van derde partijen voor schade veroorzaakt door troepenleverende landen is in de model-MOU opgenomen dat de VN daarvoor verantwoordelijk is, tenzij er sprake was van ernstige nalatigheid of opzet van hun troepen.⁶⁶ Overigens is de model-MOU wel een keer herzien, namelijk in 2007, tien jaar na de eerste model-MOU (1997). De bepalingen van de MOU sluiten daardoor meer aan bij de huidige missiepraktijk dan de model-SOFA en alleen dat al is een goede reden om de laatste op een vergelijkbare wijze eveneens te moderniseren met het doel om de bepalingen goed op elkaar af te stemmen.

In 2007 werden verschillende extra bepalingen toegevoegd aan de MOU. Voordien regelde de MOU voornamelijk de vergoeding aan troepenleverende landen en de aanwezigheid van allerlei voorzieningen, zoals medische zorg of koelruimten. In 2007 is de doelstelling van de MOU uitgebreid met de volgende bepaling:

‘... to provide for the maintenance of discipline and good order among such personnel and the investigation of, and accountability for, violations.’⁶⁷

Alle leden van de nationale troepenmachten moesten zich voortaan houden aan diverse gedragsvoorschriften, waaronder gedragscodes met betrekking tot seksueel misbruik. Staten hebben de verplichting deze voorschriften op zo’n manier te implementeren dat zij bindend zijn voor militairen en er zorg voor te dragen dat de militairen deze kennen. Bovendien hebben staten de verplichting ervoor te zorgen dat de commandant van hun troepen trainingen heeft gehad en het gezag heeft om te zorgen dat de gedragsvoorschriften worden nageleefd en waar nodig disciplinaire maatregelen te treffen. Deze maatregelen moeten gemeld worden bij de VN-Commandant van de missie. Onder de herziene model-MOU zijn staten na een verzoek van de VN verplicht om onderzoek te doen naar vermoedelijke misdragingen die worden geconstateerd door de VN. Wanneer zo’n onderzoek niet gestart wordt, mag de VN zelf de feiten onderzoeken totdat de regering de zaak overneemt. Eveneens moet de regering een onderzoek laten uitvoeren

65. Dannenbaum (2010), p. 126-127.

66. Model-MOU (1997), art. 9.

67. Model-MOU (2007), art. 3.

door de bevoegde instanties als zij zelf een vermoeden heeft van wangedrag door de eigen militairen. Militairen blijven echter onder de exclusieve strafrechtelijke jurisdictie van de troepenleverende landen vallen, maar deze exclusieve jurisdictie dient zo begrepen te worden dat de desbetreffende staat disciplinaire jurisdictie uitoefent in geval van misdragingen. De regering van de zendstaat moet de VN verzekeren dat het jurisdictie zal uitoefenen in geval van misdragingen. Staten zijn verplicht de VN op de hoogte te stellen van de verdere afwikkeling van de zaak.⁶⁸

De herziene model-MOU wijkt dus op bepaalde punten in sterke mate af van de eerdere model-MOU. Toch zijn niet alle bepalingen geheel nieuw. Documenten met gedragsvoorschriften werden eerder al ondertekend of van toepassing verklaard door troepenleverende landen en de gesloten memoranda of understanding weken op deze punten vaak al af van de bepalingen in de model-MOU van 1997.⁶⁹

3. De immuniteit van internationale organisaties voor rechterlijke instanties

In deze paragraaf wordt een aantal uitspraken van achtereenvolgens het Internationaal Gerechtshof, het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en buitenlandse nationale rechtbanken besproken die handelen over immuniteit van internationale organisaties, in het bijzonder van de VN.

3.1 Het Internationaal Gerechtshof

Het Internationaal Gerechtshof (IGH) is, in de woorden van artikel 92 van het VN-Handvest, 'het voornaamste gerechtelijke orgaan van de Verenigde Naties'. Het Hof spreekt recht in geschillen tussen staten. Daarnaast kan het Hof, op verzoek van daartoe bevoegde VN-hoofdorganen en gespecialiseerde organisaties, een *advisory opinion* uitbrengen over rechtskwesties. Dergelijke adviezen zijn niet bindend, maar gelden in het algemeen wel als een gezaghebbende uitleg van het geldende internationale recht. Hieronder volgt een selectie van de meest belangrijke uitspraken van het IGH die raken aan de immuniteit van internationale organisaties. Voor het merendeel zijn het adviezen. Juist omdat er weinig verdragen over het onderwerp van immuniteit bestaan, vormen de uitspraken van het IGH een belangrijke kenbron voor de geldende wederzijdse rechten en plichten van internationale organisaties en hun lidstaten inzake immuniteit.

68. Model-MOU (2007), art. 7.

69. Zie Deen-Racsmany (2011).

Reparation for injuries (advies 1949)

Al in de tweede advieszaak voor het IGH draaide het om de vraag of de VN een claim mag indienen tegen een staat als één van haar vertegenwoordigers in de uitvoering van zijn functies gewond is geraakt door toedoen van die staat. Met andere woorden: heeft de VN de bevoegdheid om internationale claims in te dienen? Deze vraag valt volgens het Hof samen met de vraag of de VN rechtspersoonlijkheid heeft. De rechtspersoonlijkheid van de VN is niet in het VN-Handvest opgenomen. Allereerst stelt het Hof dat de rechten en verplichtingen van de VN, zoals toegekend in het VN-Handvest, anders zijn dan die van staten. Aan de VN is een belangrijke politieke taak toevertrouwd: het handhaven van internationale vrede en veiligheid. Een organisatie dient volgens het Hof te beschikken over de rechten, plichten en bevoegdheden die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de functies van de organisatie. Dit zijn zowel de expliciet opgenomen bevoegdheden als de zogeheten 'implied powers'. Dit betekent concreet voor de VN dat deze als organisatie internationale rechtspersoonlijkheid heeft. Toch maakt dit de VN niet tot een soort 'superstaat'. Het Hof komt tot de conclusie dat de VN in ieder geval bevoegd is een schadeclaim in te dienen tegen een staat die zijn verplichtingen tegenover de VN niet is nagekomen en tevens voor schade toegebracht aan haar medewerkers. Alleen op deze manier kan de VN haar taken goed uitvoeren. Voor de handhaving van vrede en veiligheid is het onvermijdelijk dat medewerkers belangrijke taken verrichten in onrustige delen van de wereld.⁷⁰

Hoewel dit advies niet direct over het beginsel van immuniteit handelt, is de kwestie van rechtspersoonlijkheid van essentieel belang. Immers immuniteit, en ook aansprakelijkheid, van een internationale organisatie veronderstelt het dragen van een eigen zelfstandige rechtspersoonlijkheid. Voorts is een belangrijke conclusie van deze uitspraak dat de VN, hoewel zelf immuun voor een juridisch proces, wel zelf een proces kan aanspannen voor een nationale rechter. Dit geldt, net als het bezitten van rechtspersoonlijkheid, overigens ook voor organen van de VN. Dit kan tot rare situaties leiden. In een strafzaak tegen Mark Weiner voor de rechtbank van New York in 1976 oordeelde de rechtbank dat het onredelijk was dat de immuniteit van een veiligheidsmedewerker van de Verenigde Naties niet werd opgeheven en de medewerker op deze manier wel tegen Mark Weiner kon getuigen en mee kon werken aan zijn veroordeling zonder zelf veroordeeld te kunnen worden voor mogelijke agressie tegenover Weiner of voor meeneed. Dit was volgens de rechtbank dermate onredelijk dat het haaks stond op de beginselen van gelijke behandeling en billijkheid. De VN mag

70. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Internationaal Gerechtshof, Advisory Opinion, 11 april 1949, ICJ Reports 1949, p. 174; Schrijver (2011), p. 72-73.

niet verwachten dat de Verenigde Staten op dit punt het verdrag van de VN respecteert en daarmee afwijkt van juridische standaarden die diep verankerd liggen in het rechtssysteem van de VS. Immuniteit van de VN kan niet bedoeld zijn om grondwettelijke bescherming aan te tasten.⁷¹ Tegenwoordig wordt aangenomen dat de VN in ieder geval impliciet immuniteit opgeeft en vatbaar is voor tegenclaims als zij zelf een civiele zaak begint voor een nationale rechter.⁷²

Immuniteit van de Roemeense Mensenrechtenrapporteur Mazilu (advies 1989)

De zaak waarin advies wordt gevraagd aan het Internationaal Gerechtshof betreft de werkzaamheden van de Roemeen Mazilu, die door de VN was gevraagd een rapport te schrijven over mensenrechten en jeugd. In zijn werkzaamheden werd Mazilu tegengewerkt door het toen nog communistische bewind in Roemenië, dat onder andere weigerde hem een reisvergunning te geven. Het advies draait om de vraag of artikel VI, sectie 22 van de CPIUN van toepassing is tussen Mazilu en Roemenië en of Mazilu een zogenoemde 'expert op missie' is. Het Hof stelt dat zowel de tekst als de *travaux préparatoires* van de CPIUN geen definitie geven van 'experts op missie'. De bedoeling van dat artikel is wel duidelijk, namelijk het voor de VN mogelijk te maken missies toe te vertrouwen aan personen die geen 'official' van de organisatie zijn en hen zodanige privileges en immuniteiten toe te kennen als nodig is voor het onafhankelijk uitvoeren van hun functie. De vraag was of dit artikel alleen van toepassing is wanneer deze experts daadwerkelijk op reis zijn. Het Hof komt tot de conclusie dat het woord missie in algemene zin wordt gebruikt, en dat sectie 22 van toepassing is, ongeacht of er nu wel of niet gereisd moet worden ter uitvoering van de taken die de rapporteur zijn toevertrouwd door de VN. Ten slotte oordeelt het Hof of deze immuniteiten en privileges ook van toepassing zijn tegenover de staat waarin de expert woont, of wiens nationaliteit deze heeft. Het Hof stelt dat de immuniteiten en privileges van sectie 22 van toepassing zijn voor alle staten. Het komt tot deze conclusie doordat sectie 22 geen uitzondering bevat voor de staat van residentie of nationaliteit, terwijl een dergelijke uitzondering in andere artikelen wel is opgenomen. Bovendien hebben sommige staten in een voorbehoud hun eigen inwoners uitgesloten. Dit zou niet geboord zijn als dit artikel niet van toepassing was op de inwoners of burgers van die staten.⁷³

71. *The People of the State of New York v. Mark S. Weiner*, Criminal Court of the City of New York, 19 januari 1976. *United Nations Juridical Yearbook* (1976), p. 249.

72. Miller (2009), p. 93v.

73. Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Internationaal Gerechtshof, Advisory Opinion, 15 december 1989.

De immuniteit van de Maleisische Mensenrechtenrapporteur Kumaraswamy (advies 1999)

In dit advies van het Internationaal Gerechtshof gaat het om de vraag of mr. Kumaraswamy, als bijzonder rapporteur over de onafhankelijkheid van rechters en advocaten voor de VN-Mensenrechtencommissie, immuniteit verleend moet worden voor bepaalde uitspraken in een artikel in *International Commercial Litigation*, waardoor bepaalde bedrijven in zijn thuisland Maleisië claimen schade te hebben geleden.

Het Hof stelt dat de Secretaris-Generaal van de VN primair verantwoordelijk is voor de bescherming van de belangen van de Organisatie en haar vertegenwoordigers, waartoe ook experts op missie behoren. Het is ook de bevoegdheid van de Secretaris-Generaal om te bepalen of bepaalde gedragingen binnen de uitvoering van de functie vallen en immuniteit te verlenen voor die gedragingen. Dit betekent dat het ook de verantwoordelijkheid is van de Secretaris-Generaal om de regering van een lidstaat op de hoogte te stellen van die immuniteit en in het bijzonder ook de lokale rechtbank als er sprake is van een procedure tegen de desbetreffende medewerker. Als de Secretaris-Generaal oordeelt dat immuniteit bestaat voor bepaalde gedragingen, dan moet dit oordeel door nationale rechtbanken groot gewicht worden toegekend en kan immuniteit alleen niet worden verleend in geval van zeer dwingende redenen daarvoor. Regeringen hebben onder de CPIUN de verplichting nationale rechtbanken op de hoogte te stellen van de bevindingen van de Secretaris-Generaal betreffende immuniteit. In deze zaak oordeelde de Secretaris-Generaal dat Kumaraswamy handelde in de uitoefening van zijn taken. Artikel VI, sectie 22(b) CPIUN was dus van toepassing op Kumaraswamy en verleende hem immuniteit voor elke vorm van juridisch proces. De Maleisische regering had de bevindingen van de Secretaris-Generaal niet doorgegeven aan de competente gerechtshoven en voldeed daarmee niet aan zijn verplichtingen onder de Conventie. Immuniteit dient te worden behandeld als preliminaire vraag, omdat anders de essentie van immuniteit wordt aangetast. In deze zaak werd Kumaraswamy reeds veroordeeld tot betaling van geschatte onkosten, terwijl het geschil over zijn immuniteit nog niet was beslecht. Kumaraswamy had financieel schadeloos gesteld moeten worden, ook voor zijn juridische kosten om zich te laten verdedigen. In meerdere opzichten handelde Maleisië in strijd met zijn verplichtingen onder internationaal recht. Het Hof voegt nog toe dat immuniteit van rechtsvervolging onderscheiden moet worden van schadevergoeding voor schade die het gevolg is van gedragingen van de VN of haar vertegenwoordigers. Claims betreffende zulke schade moeten niet voor de nationale rechter worden behandeld, maar volgens de passende wijze van geschillenbeslechtingen volgens artikel II, sectie 29 CPIUN.⁷⁴

74. Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Internationaal Gerechtshof, Advisory Opinion, 29 april 1999.

Duitsland tegen Italië (2012)

Tot de jurisprudentie van het IGH behoren diverse zaken waarin immuniteiten van staten en staatsfunctionarissen voorwerp van geschil vormen.⁷⁵ Vooral in de recente zaak van Duitsland tegen Italië heeft het Hof de contouren van het begrip immuniteit nog eens duidelijk geschetst. Hoewel deze zaak handelt over staatsimmuniteit, is de uitspraak ook relevant voor een goed begrip van de immuniteit van internationale organisaties, met name omdat het Hof antwoord geeft op de vraag of naar huidig recht immuniteit moet wijken in geval van schendingen van fundamentele normen, en of immuniteitsverlening afhangt van de aanwezigheid van alternatieve rechtsmiddelen. Deze uitspraak wordt door de Hoge Raad ook aangehaald in de zaak-Srebrenica. De inhoud van de zaak is uitvoerig besproken in paragraaf 1.4, zodat hier met deze korte verwijzing wordt volstaan.

3.2 *Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens*

Het Europees Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) heeft verschillende zaken behandeld die betrekking hebben op de immuniteit van internationale organisaties. Vijf van deze uitspraken komen hier aan de orde, omdat zij invloed hebben gehad op andere uitspraken van het Europese Hof of nationale rechtbanken, waaronder die in Nederland. Vrijwel alle van de besproken zaken handelen over de uitleg en reikwijdte van artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) betreffende toegang tot de rechter en een behoorlijke procesgang.

Beer&Regan en Waite&Kennedy tegen Duitsland (1999)

Beer en Regan, werknemers van de *European Space Agency* (ESA), klagen bij het EHRM in verband met een schending van artikel 6, omdat zij geen toegang tot de rechter kregen in een arbeidszaak tegen ESA. Het EHRM stelt voorop dat het recht om een procedure te beginnen voor een rechtbank in civiele zaken slechts één aspect is van het recht op toegang tot de rechter. Het EHRM moet in deze zaak beoordelen of de preliminaire behandeling van de zaak van Beer en Regan, waarin alleen de immuniteit van ESA ter sprake is gekomen, de 'right to court' voldoende verzekerd had. Het recht op toegang tot de rechter is niet absoluut, onder meer omdat staten regels moeten aannemen ter uitvoering van dit recht. Staten hebben hierin een zekere beoordelingsruimte, hoewel het uiteindelijke oordeel over de nakoming van artikel 6 voorbehouden is aan het Hof. Het Hof moet hierbij beoordelen of de staat door de beperking de essentie van het recht onder

75. Daartoe behoren onder andere *Arrest Warrant* (DRC v. Belgium), ICJ Reports 2002, p. 3 en *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), ICJ Reports 2008.

artikel 6 niet aantast, of de beperkingen een legitiem doel dienen en ten slotte of deze beperkingen proportioneel zijn ten opzichte van het doel dat met de beperkingen wordt beoogd. Het EHRM oordeelt dat de immuniteit van ESA een legitiem doel dient, namelijk het functioneren van internationale organisaties en het beschermen van organisaties tegen inmenging van individuele lidstaten. Internationale organisaties kunnen alleen dan goed functioneren als zij uniforme interne regelgeving kunnen aannemen en niet hoeven aan te passen aan wisselende nationale wetgeving. Wat betreft de proportionaliteit van het verlenen van immuniteit aan ESA, stelt het EHRM dat het EVRM geen illusoire of theoretische rechten moet creëren, maar praktische en effectieve rechten. Voor het beoordelen of de immuniteitsverlening proportioneel is, is het belangrijk te beoordelen of aan Beer en Regan alternatieve rechtsmiddelen ('reasonable alternative means') ter beschikking stonden die hun recht op toegang tot de rechter effectief beschermden. Beer en Regan konden hun claim voorleggen aan de onafhankelijke ESA Appeals Board en hadden dit naar het oordeel van het Hof ook moeten doen. Bovendien konden zij hun schade verhalen bij de firma's die hen hadden uitgeleend aan ESA. De conclusie van het EHRM is dat Duitsland de beoordelingsruimte in de uitvoering van artikel 6 EVRM niet heeft overschreden. De aanwezigheid van alternatieve rechtsmiddelen zorgt ervoor dat de essentie van artikel 6 niet is aangetast en dat de beperking daarvan proportioneel is.⁷⁶

Al-Adsani tegen het Verenigd Koninkrijk (2001)

Al-Adsani is in Koeweit gemarteld door de regering omdat hij verdacht werd van het verspreiden van sekstapes waarop de Sjeik te zien was. Hij klaagt Koeweit aan voor een rechtbank in het Verenigd Koninkrijk, maar deze rechtbank verleent Koeweit immuniteit van jurisdictie. Om die reden wendde hij zich tot het EHRM.

Het Hof toetst het verlenen van immuniteit aan dezelfde criteria als in de zaak Beer&Regan. Immuniteit van staten dient een legitiem doel: het betonen van respect voor de soevereiniteit van andere staten. Regels over staatsimmuniteit vormen geen disproportionele beperking op het recht op toegang tot de rechter, in zoverre deze de algemene geaccepteerde internationaalrechtelijke normen reflecteren. Het verbod op foltering, opgenomen in artikel 3 van het EVRM, is een fundamentele norm die geen uitzonderingen toelaat en die inmiddels de status van een regel van *ius cogens* heeft.

76. De uitspraak in de zaak *Waite&Kennedy* tegen Duitsland is voor zover relevant woordelijk gelijk aan die in de zaak *Beer&Regan*. Beide uitspraken zijn ook op dezelfde datum, 18 februari 1999, gedaan. *Waite en Kennedy v. Duitsland*, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Zaak no. 26083/94, Judgment, 18 februari 1999; *Beer en Regan v. Duitsland*, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, zaak nr. 28934/95, Judgment, 18 februari 1999.

In deze zaak gaat het om een civiele zaak betreffende foltering en niet om een strafzaak tegen individuen. Het EHRM oordeelt dat, niettegenstaande het bijzondere karakter van het folterverbod, geen basis gevonden kan worden voor de norm dat staten geen beroep op immuniteit in andere staten kunnen doen in geval van een beschuldiging van foltering. Het Hof overweegt dat in de verdragen die het verbod op foltering hebben opgenomen niet wordt verwezen naar civiele vorderingen of staatsimmuniteit. Het is waar dat zowel uit de praktijk als uit wetgeving blijkt dat er een groeiende overtuiging is dat immuniteit moet wijken in geval van schendingen van fundamentele normen maar de overheersende praktijk op dit moment is dat immuniteit verleend wordt door nationale rechters. De claim van Al-Adsani wordt om deze redenen afgewezen.⁷⁷

Behrami en Behrami tegen Frankrijk en Saramati tegen Frankrijk, Duitsland en Noorwegen (2007)

Op 2 mei 2007 deed het EHRM uitspraak in de gecombineerde zaken van Behrami en Behrami en Saramati. De zaak van Behrami en Behrami gaat over een groep jongens die met onontplofte clustermunitie speelden die overgebleven was na de NAVO bombardementen in 1999. Een van de zoons van Behrami is omgekomen toen een clusterbom alsnog ontplofte, een andere zoon raakte gewond en werd blind. Behrami en Behrami klagen voor het EHRM, omdat Franse troepen nagelaten hebben de onontplofte clustermunitie te markeren of onschadelijk te maken, terwijl zij wisten dat deze munitie er nog lag.

Saramati is meerdere keren en voor lange tijd vastgehouden door KFOR (de NAVO Kosovo Force) op beschuldiging van poging tot moord en illegaal wapenbezit. Toen hij hierover een procedure wilde beginnen werd zijn claim afgewezen omdat zijn zaak enkel de verantwoordelijkheid van KFOR was. Uiteindelijk is Saramati door KFOR veroordeeld en overgedragen voor detentie aan UNMIK (United Nations Interim Administration Mission in Kosovo), maar later is deze veroordeling vernietigd door het Hooggerechtshof van Kosovo. Saramati wacht nog steeds op een nieuwe behandeling van zijn zaak. Saramati klaagt dat hij buitenrechtelijk werd vastgehouden door KFOR en geen toegang had tot de rechter. Noorwegen, Duitsland en Frankrijk hadden de rechten onder het EVRM moeten garanderen in Kosovo.

Voor zover hier relevant, oordeelt het EHRM dat de acties en het nalaten van acties door KFOR en UNMIK toegerekend kunnen worden aan de VN. Dit is op zich zelf al een bijzondere constatering, nu in ieder geval de voorgerechtigde detentie van Saramati onder de verantwoordelijkheid van

77. Al-Adsani v. Verenigd Koninkrijk, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, zaak nr. 35763/97, Judgment, 21 november 2001.

KFOR viel en de VN de operationele leiding van KFOR aan de NAVO had overgedragen. Volgens het EHRM hield de VN echter de 'ultimate authority and control' over de veiligheid van de missie, zelfs nu de operationele leiding gedelegeerd was aan de NAVO. Het Hof baseerde zijn argumentatie op het feit dat de VN de autoriteit had om de leiding van de missie over te dragen, dat de VN beperkingen had gesteld aan de delegatie van de missie, en op de hoogte werd gesteld van de voortgang van de missie. Voor het toerekenen van de gedragingen aan de VN was het niet nodig dat de VN zelf invloed had op de feiten van de aanklacht.⁷⁸

Het EHRM oordeelt vervolgens dat de VN rechtspersoonlijkheid heeft onafhankelijk van haar lidstaten en dat de VN geen partij is bij het EVRM. Het Hof verwijst eerst uitgebreid naar de Bosporus-uitspraak, waarin wordt bepaald onder welke voorwaarden lidstaten onder het EVRM bevoegdheden mogen overdragen en wie vervolgens verantwoordelijk is voor de nakoming van bepalingen onder het EVRM. De grondregel is dat bevoegdheden mogen worden overgedragen aan internationale organisaties, maar dat lidstaten zelf verantwoordelijk blijven voor de gedragingen en tekortkomingen van die organisaties. Deze regel geldt echter niet als een staat onder internationaal recht verplicht is bevoegdheden over te dragen aan een organisatie waarvan zij lid is, en die organisatie bovendien de fundamentele rechten beschermt op een niveau dat minstens gelijkwaardig is aan de bescherming die staten onder het EVRM garanderen. Vervolgens stelt het EHRM dat alle partijen bij het EVRM lid zijn van de VN en dat deze een belangrijke doelstelling heeft, namelijk de handhaving van internationale vrede en veiligheid. De verantwoordelijkheid van de VN-Veiligheidsraad met betrekking tot deze doelstelling is uniek. In verband daarmee oordeelt het EHRM dat missies onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest fundamenteel zijn voor het handhaven van internationale vrede en veiligheid en dat deze missies alleen effectief kunnen zijn als deze kunnen rekenen op steun van de lidstaten. Om die reden mag het gedrag van lidstaten ter uitvoering van resoluties van de Veiligheidsraad niet getoetst worden aan het EVRM. Bovendien mogen geen andere voorwaarden aan de uitvoering van resoluties worden gesteld dan die opgenomen in de resolutie zelf. Dat betekent dat het EHRM niet zal toetsen aan de Bosporus-criteria en dus ook niet zal beoordelen of de rechtsbescherming door KFOR minstens gelijkwaardig is aan die onder het EVRM. Bovendien zijn deze zaken heel anders dan de Bosporus-zaak, omdat de gedragingen en tekortkomingen in de zaken Behrami en Behrami en Saramati niet kunnen worden toegeschreven aan individuele lidstaten en niet hebben plaatsgevonden op het grondgebied van lidstaten bij het EVRM. De klachten van Behrami en Behrami en Saramati zijn daarom wat betreft *ratione personae* onverenig-

78. Dannenbaum (2010), p. 123.

baar met de bepalingen van het EVRM. De zaak van Behrami en Behrami tegen Frankrijk en de zaak van Saramati tegen Frankrijk en Noorwegen worden daarom niet ontvankelijk verklaard. Saramati trok eerder de zaak tegen Duitsland in omdat er geen bewijs was voor Duitse betrokkenheid bij zijn zaak.⁷⁹

3.3 *De VN voor buitenlandse rechterlijke instanties*

Bekend is dat een enkele keer de VN als organisatie, soms tezamen met enkele van haar vertegenwoordigers, aangeklaagd is voor nationale rechtbanken in lidstaten van de VN. Informatie hierover is echter lang niet volledig beschikbaar. Bovendien doet zich de vraag voor naar de status en juridische waarde van uitspraken van gerechtelijke instanties in individuele lidstaten, zeker als deze niet eensluidend zijn. Deze paragraaf beschrijft dan ook louter ter illustratie voorbeelden van nationale jurisprudentie over immuniteit van de VN waarover enige informatie beschikbaar is.

Een van de meest bekende zaken tegen de VN voor een nationale rechtbank is de zaak van Manderlier tegen de VN en de Belgische staat voor het Gerechtshof van Brussel in 1969. Manderlier claimt schade te hebben geleden als gevolg van schendingen van het recht door VN-troepen in Congo. Het Hof bepaalt eerst dat immuniteit niet afhangt van de verplichting van de VN in artikel VIII, sectie 29 CPIUN om alternatieve regelingen te treffen voor de beslechting van geschillen. Vervolgens wordt beoordeeld of het recht op toegang tot de rechter onder artikel 10 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens toepassing van de immuniteit verhindert. Het Gerechtshof komt tot de conclusie dat de Verklaring niet bindend is, en daarom geen invloed kon hebben op de positiefrechtelijke regels over de immuniteit van de VN. Wel verklaarde het Gerechtshof het betreurenswaardig te vinden dat er geen gerecht is dat de claims van Manderlier kan beoordelen, en dat dit niet in overeenstemming lijkt met de rechten onder de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Overigens heeft België met betrekking tot de missie in Congo een zogenoemde *lump sum* ontvangen van de VN voor de schade geleden door haar burgers. Mandelier was echter niet tevreden met deze afwikkeling en de beperkte schadevergoeding die hij daardoor kreeg.⁸⁰

Er zijn ook enkele zaken te noemen uit de jaren '50 waarin nationale rechtbanken voorbijgingen aan het beroep van organen van de VN op immuniteit. In twee zaken tegen de UNRWA (United Nations Relief and

79. Gevoegde zaken van Agim Behrami en Bekir Behrami v. France en Ruzhdi Saramati v. Frankrijk, Duitsland en Noorwegen, zaken no. 71412/01 en no. 78166/01, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Grand Chamber, Admissibility, 2 Mei 2007.

80. Manderlier v. United Nations and Belgian State, Brussels Appeal Court, 15 september 1969, *United Nations Juridical Yearbook*, p. 236 (1969).

Works Agency) oordeelde een Libanese rechtbank dat een ontslagvergoeding moest worden betaald. Na een officiële communicatie van de VN met de Libanese minister van Buitenlandse Zaken werden deze vonnissen niet uitgevoerd.⁸¹ In twee zaken voor de Syrische rechtbank van Palestijnse vluchtelingen tegenover het UNRWA, oordeelde de rechtbank ook tot ontslagvergoedingen en beslaglegging op vermogen van UNRWA. Na ongeveer vier jaar werd de uitvoering van het vonnis beëindigd nadat de zaak geschikt was op een manier die recht deed aan de juridische status van UNRWA.⁸² Hoewel de diplomatieke formulering van de schikking niet het precieze verloop van de zaak duidelijk maakt, zou Syrië naar verluidt na onderhandelingen met de VN erkend hebben dat UNRWA immuniteit geniet en de beslaglegging hebben opgeheven. Belangrijk is dat het in deze gevallen ging om subsidiaire organen van de VN. Het beroep op immuniteit door deze organen werd niet gehonoreerd, omdat daaraan volgens de desbetreffende rechtbanken geen rechtspersoonlijkheid dan wel immuniteit was verleend. Deze opvatting is niet houdbaar, maar strikt bezien werd niet geoordeeld dat de VN zelf geen immuniteit bezit.⁸³

In *Askir v. VN* e.a. claimt Askir schade te hebben geleden als gevolg van het gebruik van zijn grondgebied voor militaire en humanitaire operaties in Somalië. De districtsrechtbank van Zuid-New York stelt op basis van rechtspraak in arbeidszaken vast dat de immuniteit van de VN onbeperkt is. Slechts een expliciet opgeven van die immuniteit door de bevoegde instanties van de internationale organisatie maakt een proces mogelijk.⁸⁴ Tot dezelfde conclusie komen andere districtsrechtbanken.⁸⁵ De claim tegen

81. *W v. UNRWA*, Labour tribunal attached to the Lebanon Ministry of National Economy, 1952, Annual Report of the Director of UNRWA, 8 UN GAOR, Supp. (No. 12) 25, UN Doc. A/2470 (1953); *X v. UNRWA*, Lebanon Labour Arbitration Tribunal, July 1953, Annual Report of the Secretary-General, 9 UN GAOR, Supp. (No. 1) 106, UN Doc. A/2663 (1954); Reinisch (2004), p. 183.

82. *WW v. UNRWA*, Syria, 1955-56, Annual Report of the Director of UNRWA, 7 UN GAOR, Supp. (No. 13) 44, UN Doc. A/2171 (1952); *XX v. UNRWA*, Syria, 1955-56, Annual Report of the Director of UNRWA, 7 UN GAOR, Supp. (No. 13) 44, UN Doc. A/2171 (1952). Zie ook: *Y. v. UNRWA*, Magistrate Court of Jordan, januari 1954, Annual Report of the Director of UNRWA, 9 UN GAOR, Supp. (No. 17) 31, UN Doc. A/2717 (1954); *Giurgis v. UNRWA*, Labour Court Cairo, 31 December 1961; *Hilpern v. UNRWA*, Egyptian Court, 1952, Annual Report of the Director of UNRWA, 8 UN GAOR, Supp. (No. 12) 26, UN Doc. A/2470 (1953). Voor meer zaken waarin vonnis werd gewezen tegen de VN, maar dit vonnis uiteindelijk niet uitgevoerd is. Reinisch (2004), p. 172v en 183.

83. Zie ook: Wouters en Schmitt (2010).

84. *Abdi Hosh Askir v. United Nations*, Hon. Boutros Boutros-Ghali, Joseph E. Connor, Brown&Root Services Corp. and "Doe" Corporations, US District Court SDNY, Judgment no. 95 Civ. 11008 (JGK), 29 juli 1996.

85. Vergelijk: *Boimah v. United Nations General Assembly*, US District Court EDNY, 664 F. Supp. 69 (EDNY 1987), 24 juli 1987; en: *Mark Khuytel v. United Nations*, US District Court SDNY, 92 Civ. 4231 (PKL), 4 december 1992.

ondersecretaris-generaal Joseph E. Connor in dezelfde zaak wordt behandeld als een claim tegen de VN en verworpen omdat Connor binnen zijn officiële bevoegdheden handelde. De rechtbank voegt nog toe dat de immuniteit ook niet wordt beperkt door het eventueel onrechtmatig handelen van de VN.⁸⁶ In een andere zaak voor dezelfde rechtbank wordt herhaald dat de onrechtmatigheid van de gedragingen van de VN niet afdoet aan de immuniteit die zij geniet, ook niet als interne regelgeving wordt overschreden. Wel wordt toegevoegd dat de claims van werknemer De Luca ernstig zijn, maar dat de functie van immuniteit, namelijk de bescherming van de organisatie tegen unilaterale controle door haar lidstaten, zwaarder weegt dan het feit dat geen toegang tot de rechter openstaat.⁸⁷

De districtsrechtbank van Noord-Californië heeft overwogen dat de verplichting om immuniteit op te geven op het moment dat dit geen schade toebrengt aan de VN, onder Art. V sectie 20 CPIJ, tot de bevoegdheden behoort van de Secretaris-Generaal en dat de rechtbank deze beslissing niet mag toetsen, omdat anders de absolute immuniteit geen waarde meer zou hebben.⁸⁸ Soortgelijke overwegingen speelden in de zaak van een voormalige VN-stafmedewerkster voor Amerikaanse rechterlijke instanties tegen de voormalige Hoge Commissaris Vluchtelingen Lubbers, die door deze medewerkster van ongepaste handtastelijkheden werd beticht.⁸⁹

4. Internationale organisaties voor de Nederlandse rechter en Srebrenica

Deze paragraaf memoreert eerst enkele zaken tegen internationale organisaties voor de Nederlandse rechter en gaat vervolgens uitgebreid in op de zaak van de Stichting Moeders van Srebrenica c.s. tegen de VN.

4.1 *De Nederlandse rechter*

Zoals besproken in paragraaf 1.6 kan functionele immuniteit zo worden opgevat dat alle handelingen van een internationale organisatie daaronder vallen, omdat organisaties alleen bevoegd zijn tot die handelingen die

86. Askir v. United Nations, zie noot 84.

87. De Luca v. United Nations Organization, Javier Perez de Cuellar, Luis Maria Gomez, Armanda Duque, Kofi Annan, Abdou Ciss, Oleg Bugaev, Susan R. Mills, Frederick Gazzoli, US District Court SDNY, 841 F. Supp. 531 (SDNY 1994), 10 januari 1994.

88. Mark Steven Corrinet v. United Nations, Hon. Boutros Boutros Ghali, Gillian Sorensen and Ron Ginss, US District Court for the Northern District of California, Judgment No. C-95-0426 SAW, 10 september 1996, *United Nations Juridical Yearbook*, p. 530 (1996).

89. Zie Steven Edwards, 'UN has absolute immunity in sexual harassment case, top U.S. court rules', Postmedia News, 5 October 2010, op <http://unjustice.org/news51.htm>.

onder hun functies vallen. Dit is echter niet de redenering die in de Nederlandse rechtspraak wordt gevolgd.⁹⁰ In de zaak tegen Euratom, dat onder artikel 191 van het oprichtingsverdrag functionele immuniteit was toegekend, bepaalde het Gerechtshof Amsterdam dat geen immuniteit bestond voor strafbare feiten (overtreding milieuvoorschriften), omdat het plegen van strafbare feiten geen onderdeel kon vormen van de uitoefening van de functies van Euratom. De Hoge Raad verwierp echter deze zogenoemde noodzakelijkheidstest en bepaalde dat onderzocht moest worden of er een directe link bestond tussen het gedrag en de functies van Euratom en besloot vervolgens dat Euratom wel immuniteit had in deze zaak.⁹¹

In een civiele zaak voor het Gerechtshof 's-Gravenhage werd beoordeeld of artikel 6 EVRM ertoe leidt dat internationale organisaties zich niet kunnen beroepen op immuniteit voor een nationale rechter. In deze zaak diende Restaurant de la Tour een claim in tegen de Europese Patent Organisatie (EPO), die gevestigd is in München en een kantoor heeft in Rijswijk. Het Hof stelt vast dat catering niet behoort tot de functies van EPO, het verlenen van Europese patenten. Naar het oordeel van het Hof beperkt het beroep van EPO op immuniteit het recht van Restaurant de la Tour op toegang tot de rechter, in het bijzonder omdat ook geen alternatieve rechtsmiddelen beschikbaar waren. Om die reden verwierp het Hof die beroepsgrond, waarna het materiële geschilpunt werd beoordeeld. Opnieuw wordt functionele immuniteit dus beperkt opgevat en baseert het Gerechtshof zich in zijn uitspraak op de noodzakelijkheid van immuniteit en de belangen van de partijen. Overigens bepaalt het Protocol met betrekking tot de privileges en immuniteiten van EPO dat de reikwijdte van immuniteit wordt bepaald door de officiële handelingen van de organisatie en dat de officiële handelingen de handelingen zijn die nodig zijn voor de administratieve en technische uitvoering van haar functies.⁹²

Een andere interessante zaak is die van Ary Spaans tegen het Iran-United States Claims Tribunal dat gevestigd is in Den Haag. In deze arbeidszaak bepaalde de Hoge Raad dat volgens artikel 13a van de Wet Algemene Bepalingen immuniteit moest worden toegekend aan het Claims Tribunal, zelfs nu er geen verdrag was dat deze immuniteit regelde. Dit artikel bepaalt dat de jurisdictie van de rechter en de uitvoerbaarheid van rechterlijke vonnissen beperkt worden door in het volkenrecht erkende uitzonderingen. Onder "geldend volkenrechtelijk gewoonterecht" moet volgens de Hoge Raad functionele immuniteit worden toegekend aan internationale

90. Zie Blokker (2007), pp. 446-451; Henquet (2010); en Dekker en Ryngaert (2011), pp. 92-97.

91. Euratom, Hoge Raad (strafkamer) 13 november 2007, LJN: BA9173.

92. European Patent Organization tegen Stichting Restaurant de la Tour, Gerechtshof 's-Gravenhage 21 juni 2011, LJN: BR0188.

organisaties in het land waarin zij met toestemming van de regering gevestigd zijn.⁹³

Vermeldenswaard is ook de zaak van de voormalige Joegoslavische president Milosevic voor de Nederlandse rechter, die in het speciale detentiecentrum van de VN in Scheveningen vast zat op verdenking van het plegen van oorlogsmisdrijven en in afwachting was van zijn berechting door het Joegoslavië-tribunaal van de VN. Milosevic vocht zijn detentie ook aan voor de Nederlandse kort-gedingrechter, die in 2002 het beroep op immuniteit van het Joegoslavië tribunaal honoreerde.⁹⁴

Met het oog op de zaak Srebrenica is het relevant om ook de recente zaken van *Nuhanovic* (voormalig tolk in dienst van de VN) en *Mustafic* (elektricien in dienst van Dutchbat) tegen de Nederlandse Staat te bespreken. Deze zaken behandelen onder meer de vraag of Nederland verantwoordelijk is voor onrechtmatige daden gepleegd tegen Nuhanovic en Mustafic of dat de verantwoordelijkheid voor deze daden geheel bij de VN ligt.

In de zaak van *Nuhanovic* voor het Gerechtshof 's-Gravenhage (2011) wordt de Staat aangeklaagd onder andere omdat de Nederlandse troepen (Dutchbat) de familie van Nuhanovic van de compound hebben weggestuurd, geweigerd hebben de broer van Nuhanovic op de lijst met lokaal personeel te plaatsen, en niet hebben ingegrepen toen de moslimmannen door de Serviërs van de vrouwen werden gescheiden. De broer en ouders van Nuhanovic zijn allen vermoord door Bosnische Serviërs. Nuhanovic mocht, als tolk voor de VN, wel mee toen de Nederlandse troepen werden geëvacueerd. In eerste aanleg had de rechtbank bepaald dat het optreden van Dutchbat uitsluitend aan de VN moest worden toegerekend, onder andere op basis van de ontwerpartikelen van de ILC die bepalen dat het gedrag van troepen die deelnemen aan vredesoperaties toegerekend wordt aan de VN als het operationele gezag en de bevelsbevoegdheden over die troepen is overgedragen aan de VN. Alleen wanneer de staat de opdracht had gegeven in te gaan tegen de instructies van de VN, zou de Staat aansprakelijk kunnen zijn. In dit geval waren 'parallele instructies' gegeven door de VN en Nederland en dit was volgens de rechtbank onvoldoende om de bevelstructuur van de VN te doorbreken. Ten slotte had de rechtbank geoordeeld dat het EVRM niet van toepassing was omdat Bosnië-Herzegovina daar geen partij bij is en noch de Nederlandse Staat, noch de VN de effectieve controle had over (een deel van) Bosnië-Herzegovina.

Het Gerechtshof 's-Gravenhage bevestigde dat voor toerekening van gedragingen aan de VN beslissend is of de VN effectieve controle heeft

93. *Ary Spaans v. Iran-United States Claims Tribunal*, Hoge Raad 20 december 1995, LJN: AC9158, NJ 1986, 438.

94. *Slobodan Milosevic tegen het Internationaal Tribunaal voor het voormalig Joegoslavië en de Staat der Nederlanden*, Rechtbank 's-Gravenhage 26 februari 2002, LJN: AD9602.

over de gedragingen, en niet of de VN de 'command en control' had over de troepen. Dit blijkt onder meer uit ontwerpartikel 6 van de ILC, tegenwoordig artikel 7. Het Gerechtshof onderzoekt alleen of de Nederlandse Staat effectieve controle uitoefende over zijn troepen. Daarbij is niet van belang of ook de VN effectieve controle had, omdat het mogelijk is dat meerdere partijen effectieve controle uitoefenden over het gedrag van troepen. Uit de feiten blijkt dat de VN en 'Den Haag' overlegd hebben en gezamenlijk hebben besloten tot evacuatie van Dutchbat en van de vluchtelingen, en dat Nederland alleen zou instemmen met een evacuatieplan waarin de veiligheid van de Nederlandse troepen gegarandeerd werd. Ook de Nederlandse generaal Nicolai had aangegeven dat hij normaal gesproken alleen orders ontvangt van de VN, maar dat hij nu ook instructies uit Den Haag kreeg en dus eigenlijk een dubbelrol had als onderhandelaar van de VN en van Nederland. Bovendien had toenmalig minister van Defensie Voorhoeve een duidelijk leidende rol in de evacuatie van de vluchtelingen en de terugtrekking van Dutchbat, onder andere toen hij de opdracht gaf niet mee te werken aan een aparte behandeling van de mannen. In deze situatie ging het derhalve niet louter om Nederlandse wensen of zorgen, maar om instructies. De Nederlandse Staat had daardoor mede de effectieve controle over Dutchbat, in ieder geval ten tijde van de evacuatie van de vluchtelingen en de terugtrekking van Dutchbat, en de verweten gedragingen kunnen de Staat worden toegerekend. Dutchbat had op het moment dat de familie van Nuhanovic nog op de compound was, moeten weten dat de mannelijke vluchtelingen gedood of onmenselijk behandeld zouden worden. Dutchbat had naar normen van het recht van Bosnië-Herzegovina en de rechtsbeginselen van artikel 6 en 7 IVBPR de broer van Nuhanovic niet van de compound mogen sturen. De Nederlandse Staat heeft dus onrechtmatig gehandeld door de broer van Nuhanovic onvrijwillig de compound te laten verlaten en hem niet mee te nemen naar veilig gebied. Het Hof oordeelt ook dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens de vader van Nuhanovic. Deze mocht wel mee met Dutchbat, maar het Hof acht het voorstelbaar en voorzienbaar dat hij zou kiezen bij zijn minderjarige zoon te blijven. De Staat is niet aansprakelijk voor de moeder van Nuhanovic, omdat de Staat er vanuit mocht gaan dat zij als vrouw niets te vrezen had en veilig de compound kon verlaten. Het Gerechtshof oordeelt dat de Staat verantwoordelijk en dus aansprakelijk is voor de schade die Nuhanovic heeft geleden als gevolg van het overlijden van zijn broer en vader.⁹⁵

De uitspraak van hetzelfde Gerechtshof in de zaak van *Mustafic* c.s. tegen de Staat volgt voor zover relevant dezelfde redenering als die in de

95. Hasan Nuhanovic tegen de Staat der Nederlanden, Gerechtshof 's-Gravenhage 5 juli 2011, LJN: BR0133.

zaak Nuhanovic. Ook in deze zaak wordt de Staat aansprakelijk gesteld voor de gedragingen van Dutchbat, in het bijzonder het wegsturen van Mustafic van de compound, omdat hij weliswaar niet in dienst was van Dutchbat maar wel onafgebroken als elektricien voor Dutchbat werkzaam is geweest. De Staat is daarmee aansprakelijk voor de schade die is ontstaan als gevolg van de moord op Mustafic door Bosnische Serviërs. Doorslaggevend is ook hier de effectieve controle van de Nederlandse Staat over Dutchbat en het feit dat op het moment dat Mustafic van de compound werd gestuurd bekend was of had moeten zijn dat de Bosnische Serviërs misdaden begingen tegen de mannelijke vluchtelingen.⁹⁶ In beide zaken loopt op dit moment een cassatieberoep bij de Hoge Raad, ingesteld door de Staat.

4.2 De zaak *Srebrenica tegen de VN*

Deze zaak gaat over de genocide door Bosnische Serviërs op acht- tot tien-duizend burgers (voornamelijk moslimmannen) uit Bosnië-Herzegovina die hun toevlucht hadden gezocht tot de enclave Srebrenica. Het Nederlandse *Dutchbat* had zijn basis in Srebrenica ter uitvoering van verschillende resoluties van de Veiligheidsraad om een 'safe area' te scheppen en in stand te houden.⁹⁷ Dutchbat maakte onderdeel uit van UNPROFOR (United Nations Protection Force). De stichting 'Mothers of Srebrenica', die ongeveer 6000 nabestaanden van deze burgers vertegenwoordigt alsmede tien individuele klagers (vanaf nu: de Stichting), klagen de Nederlandse Staat en de VN in een civiele zaak aan omdat zij deze genocide niet hebben weten te voorkomen, wat één van de verplichtingen is onder het Anti-Genocideverdrag van 1948.

De voor dit preadvies belangrijkste rechtsvraag in deze rechtszaak betrof de kwestie of de VN immuniteit toekomt. De rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad komen alle tot het oordeel dat dat het geval is, maar – interessant genoeg – op grond van verschillende argumenten. Nu alle rechterlijke instanties oordelen dat immuniteit moet worden verleend aan de VN, is een inhoudelijke beoordeling van het optreden door of namens de VN in deze zaak uitgebleven. Deze zal nog wel plaats hebben in de nog lopende zaak tegen de Staat, die zich voor de eigen nationale rechter niet op immuniteit kan beroepen.

96. Mehida Mustafic-Mujic, Danir Mustafic en Alma Mustafic tegen de Staat der Nederlanden. Gerechtshof 's-Gravenhage 5 juli 2011, LJN BR0132.

97. Zie onder meer VN Security Council, S/RES/819, 16 april 1993. Zie voor een uitvoerige analyse het rapport van VN Secretaris-Generaal, 'The Fall of Srebrenica', VN doc. A/54/549, 15 november 1999.

De rechtbank

In de procedure voor de Rechtbank 's-Gravenhage, aangespannen op 4 juni 2007, stelt de Stichting dat op grond van artikel 14 IVBPR en artikel 6 EVRM, die het recht van iedere burger op toegang tot de rechter formuleren, aan de VN geen immuniteit toekomt. Deze artikelen behelzen volgens de Stichting dwingende regels van internationaal recht waaraan immuniteit ondergeschikt is. Bovendien kent de VN geen 'eigen' rechter en is er dus geen alternatieve mogelijkheid voor toegang tot de rechter. Ten slotte stelt de Stichting dat de handelingen van de VN buiten haar functionele immuniteit vallen, omdat de schending van regels van *ius cogens* niet noodzakelijk kan zijn voor het verwezenlijken van de doelstellingen van de VN. De Staat, die volgens het oordeel van de rechtbank op basis van zijn volkenrechtelijke verplichting om de immuniteit van de VN te waarborgen een zelfstandig belang heeft in de zaak tussen de Stichting en de VN, argumenteert dat de VN immuniteit van jurisdictie toekomt op basis van artikel 105 VN-Handvest en artikel II(2) CPIUN. Deze immuniteit moet ambtshalve worden toegekend en het standpunt van de Secretaris-Generaal van de VN moet worden gevolgd. Dit betekent dat immuniteit moet worden verleend, tenzij de Secretaris-Generaal uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van immuniteit, wat niet het geval is.

De rechtbank oordeelt in zijn vonnis van 10 juli 2008 dat hetgeen is vastgelegd door de verdragsluitende partijen in het oprichtingsverdrag van de VN doorslaggevend is voor het vaststellen van immuniteit. De rechtbank stelt vast dat de VN een bijzondere internationale organisatie is met een nagenoeg universeel lidmaatschap. Om die reden heeft de VN een unieke plaats ten opzichte van andere internationale organisaties. Daarmee suggereert de rechtbank dat de rechtsregels en jurisprudentie die betrekking hebben op andere internationale organisaties niet zonder meer op de VN van toepassing zijn. Allereerst beslist de rechtbank dat de VN handelde binnen haar functioneel kader van bevoegdheden, namelijk ter uitvoering van het belangrijke Hoofdstuk VII van het VN-Handvest over optreden met betrekking tot bedreiging van de vrede. De rechtbank overweegt dat in de staatspraktijk het verlenen van absolute immuniteit aan de VN de volkenrechtelijke norm is. Een volledige toetsing van de noodzaak van de immuniteit van de VN is in strijd met de ratio van de volkenrechtelijk verankerde immuniteit. Dat oordeel is ook bevestigd door het Internationaal Gerechtshof in zijn advies betreffende immuniteit van VN-mensenrechtenrapporteur Kumaraswamy op 24 april 1999 toen het stelde dat het niet aan een nationale rechter is om te beoordelen of het handelen van de VN onrechtmatig is maar dat dit plaats moet vinden binnen het specifieke kader van Artikel VIII CPIUN.⁹⁸ Ook indien in dit kader geen adequate voorzieningen zijn getrof-

98. ICJ Reports 1999, p. 62v, par. 66.

fen voor geschillenbeslechting is een inbreuk op artikel 105 VN-Handvest niet gerechtvaardigd. De rechtbank voegt nog toe dat het Anti-Genocide-verdrag niet voorziet in de civielrechtelijke handhaving van de normen van het genocideverbod en dat er ook geen algemeen aanvaarde norm bestaat op basis waarvan uitzonderingen op immuniteit bestaan in het geval van schending van *ius cogens* normen. Over de verenigbaarheid van artikel 6 EVRM en de immuniteit van de VN oordeelt de rechtbank dat de jurisprudentie van het EIIRM geen grondslag geeft voor de voorrang van dit artikel 6 boven de volkenrechtelijk verankerde immuniteit. Bovendien oordeelde het EIIRM in de zaken *Behrami* en *Saramati* dat het EVRM geen belemmeringen kan opwerpen voor de tenuitvoerlegging van internationale vredesmissies. De rechtbank erkent dat in *Waite&Kennedy* en *Beer&Regan* door het EHRM de zorg werd uitgesproken dat het oprichten en functioneren van internationale organisaties ten koste kan gaan van de bescherming van mensenrechten. De VN zijn echter opgericht voordat het EVRM werd opgesteld, en daarom kan artikel 6 naar het oordeel van de rechtbank geen inbreuk op de immuniteit van de VN rechtvaardigen. De rechtbank concludeert dat zij onbevoegd is inzake de vorderingen tegen de VN.⁹⁹

Het Gerechtshof

In zijn uitspraak van 30 maart 2010 stelt het Gerechtshof 's-Gravenhage vast dat de CPIUN geen andere uitleg toelaat dan dat aan de VN de meest vergaande immuniteit is toegekend. Dat betekent dat de VN niet voor het nationaal gerecht van partijen bij dat verdrag kan worden gedaagd. Het verdrag geeft uitvoering aan de opdracht aan de Algemene Vergadering van de VN in artikel 105, lid 3 VN-Handvest. De grief van de Stichting dat de CPIUN verder is gegaan dan het VN-Handvest wordt om die reden verworpen.

Het Hof oordeelt dat artikel 14 IVBPR en artikel 6 EVRM niet zonder meer van toepassing zijn in deze zaak, omdat het de vraag is of de moeders van Srebrenica onderworpen zijn aan de rechtsmacht van Nederland (zie art. 2 IVBPR en 2 EVRM). Het Hof stelt dat deze bepalingen ook internationaal gewoonterecht vormen, zodat ook los van de verdragen een beroep op het daarin vervatte recht gedaan kan worden. Het Hof is van oordeel dat de uitspraken in de EVRM-zaken *Saramati* en *Behrami* geen afwijkingen waren op de rechtspraak van *Beer&Regan* en *Waite&Kennedy*. Anders dan de rechtbank, is het Hof van oordeel dat het eerder tot stand gekomen VN-Handvest niet automatisch voorgaat op het EVRM. Dit zou immers betekenen dat een deel van de rechten onder het EVRM permanent van toepassing wordt uitgesloten. Ook de voorrangsbepaling in artikel 103 VN-

99. Stichting Mothers of Srebrenica e.s. tegen de Staat der Nederlanden en de VN, Rechtbank 's-Gravenhage 10 juli 2008, LJN: BD6796.

Handvest (verplichtingen onder het VN-Handvest hebben voorrang op die onder andere internationale overeenkomsten) brengt volgens het Hof niet met zich mee dat fundamentele rechten ontleend aan internationaal gewoonterecht of verdragen zonder meer opzij moeten worden gezet, temeer omdat de VN uitdrukkelijk tot taak heeft respect voor de rechten van de mens te bevorderen. Om deze reden acht het Hof een toetsing aan de criteria van *Waite & Kennedy* nodig om te beoordelen of het verlenen van immuniteit een gerechtvaardigde inbreuk op artikel 6 EVRM is. Immuniteit moet volgens die criteria een legitiem doel dienen en proportioneel zijn. Bovendien is de beschikbaarheid van alternatieve rechtsmiddelen van belang. Het Hof concludeert allereerst dat de inperking van de toegang tot de rechter een legitiem doel dient, namelijk het bevorderen van de goede werking van internationale organisaties. Voorts is de beperking naar het oordeel van het Hof proportioneel. Omdat de VN een bijzondere plaats inneemt onder de internationale organisaties en het algemeen belang dient door de handhaving van vrede en veiligheid, moet de organisatie over een zo sterk mogelijke immuniteit beschikken. Alleen klemmende redenen kunnen leiden tot de conclusie dat de inperking van de rechtstoegang niet proportioneel is. De Stichting stelt dat in dit geval zulke klemmende redenen aanwezig zijn, omdat de zaak zeer ernstige feiten betreft en omdat de VN zelf geen regeling heeft getroffen voor de passende afwikkeling van geschillen. Het Hof oordeelt evenwel dat deze twee argumenten onvoldoende zwaar wegen om de immuniteit aan de VN te onthouden. De volkerenorganisatie heeft immers zelf geen genocide gepleegd maar wordt 'slechts' aangeklaagd vanwege het niet-voorkómen van genocide. De VN werkt bij uitstek in brandhaarden en zou daardoor steeds aangeklaagd kunnen worden voor het niet-voorkómen van internationale misdrijven. Dit kan tot misbruik van procesbevoegdheid leiden. De verwijten aan de VN zijn ernstig, maar niet zo pregnant dat immuniteit moet wijken. Bovendien is het aan het Hof niet duidelijk geworden dat er geen alternatieve rechtstoegang bestaat. De Stichting kan namelijk twee andere partijen aanspreken: de Nederlandse Staat en de daders zelf. Het gegeven dat deze mogelijkheden misschien slechts theoretisch bestaan, doet daar niet aan af. Artikel 6 EVRM garandeert immers niet dat steeds een (solvente) debiteur wordt gevonden. En ook als de Staat zou claimen niet aansprakelijk te zijn omdat hij handelde onder verantwoordelijkheid van de VN, zal de zaak tegen de Staat volledig inhoudelijk behandeld moeten worden, zodat eisers toch een volledige behandeling van hun zaak krijgen.

De conclusie van het Gerechtshof is dan ook dat immuniteitsverlening in deze zaak niet het wezen van de toegang tot de rechter aantast. Het Hof overweegt bovendien nog dat het EHRM in de zaak *Fayed v. VK*¹⁰⁰ ver-

100. *Fayed v. Verenigd Koninkrijk*, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Zaak no. 17101/90, Judgment, 21 september 1990.

gaande beperkingen op het recht op toegang tot de rechter toelaat. In de huidige zaak van de Stichting kunnen zelfs nog twee andere partijen worden aangesproken. Het is betreurenswaardig dat geen alternatieve rechtsmiddelen bestaan in het geval van de VN, maar dit is niet doorslaggevend. Het vonnis van de rechtbank wordt derhalve bekrachtigd.¹⁰¹

De uitspraak van het Gerechtshof – een discussie

Een aantal punten vallen op aan de uitspraak van het Gerechtshof. Allereerst heeft het Hof niet beoordeeld of in deze concrete zaak het verlenen van immuniteit noodzakelijk was, maar of het in het algemeen voor de VN noodzakelijk is om immuniteit te hebben.¹⁰² Met Den Dekker acht ik dit begrijpelijk, omdat anders iedere nationale rechter zou moeten oordelen over de reikwijdte van de immuniteit van de VN.¹⁰³ Brockman stelt echter dat er wel degelijk buitengrenzen zijn aan de immuniteit van de VN en dat de rechters hadden moeten beoordelen of deze in deze zaak zijn overschreden. Bovendien zijn volgens Brockman internationale organisaties niet meer zo kwetsbaar als op het moment dat aan hen immuniteit werd toegekend. Dit argument had naar zijn oordeel een rol moeten spelen in de beoordeling van de noodzakelijkheid van de immuniteit van de VN.¹⁰⁴

Ten tweede heeft het Hof niet de term ‘absolute immuniteit’ gebruikt, zoals de rechtbank wel deed. Nu het Hof wel spreekt over de ‘meest vergaande immuniteit’ leidt dit echter niet tot een inhoudelijk verschil met het oordeel van de rechtbank.¹⁰⁵ Hiermee trekt het Hof een andere conclusie dan het Belgische Hof in de zaak Manderlier. Dat Hof stelde dat artikel II CPIUN de functionele immuniteit uitbreidt tot absolute immuniteit, terwijl volgens het Nederlandse Gerechtshof dit verdrag niet verder gaat dan artikel 105 VN-Handvest.¹⁰⁶ Het is opvallend dat het Hof in de bepaling van de reikwijdte van de immuniteit van de VN niet verwijst naar Resolutie 52/247 van de Algemene Vergadering en/of de rapporten van de Secretaris-Generaal over de praktijk van de VN met betrekking tot immuniteit. Deze verschaften immers enig inzicht over welke claims de VN wel bereid is in behandeling te nemen. Ook volgens Johnson is het gezien die Resolutie opvallend dat het Hof uitsprekt dat de VN zijn verplichtingen niet is nagekomen met betrekking tot het mogelijk maken van rechtstoegang.¹⁰⁷

101. Stichting Mothers of Srebrenica c.s. tegen de Staat der Nederlanden en de VN, Gerechtshof 's-Gravenhage 30 maart 2010, LJN: BL8979.

102. Mallesons Stephen Jacques (2011), p. 7; Den Dekker en Schechinger (2010), p. 3.

103. Den Dekker (2012), p. 126.

104. Brockman-Hawe (2011), p. 737.

105. Den Dekker en Schechinger (2010), p. 126.

106. Brockman-Hawe (2011), p. 735.

107. Johnson (2010), p. 1014.

Ten derde is natuurlijk discussie mogelijk over de alternatieve mogelijkheden voor rechtstocgang die worden aangedragen door het Gerechtshof. Allereerst zijn deze mogelijkheden niet erg reëel, omdat de individuele daders in Joegoslavië lastig zijn te identificeren en te traceren en bovendien hun gedragingen aan de Staat of het leger zullen worden toegerekend. Voorts zal de Nederlandse Staat zeer waarschijnlijk stellen dat de gedragingen van Dutchbat aan de VN moeten worden toegerekend. Niet snel zal door de rechter worden geoordeeld dat de Staat ook zelf aansprakelijk was.¹⁰⁸ De criteria daarvoor zijn genoemd in de zaken *Nuhanovic* en *Mustafic*. In deze zaken werd de aanklacht van de nabestaanden overigens vooralsnog wél gegrond verklaard (er is beroep in cassatie ingesteld) en werd de Nederlandse Staat veroordeeld tot schadevergoeding. Bovendien had het Hof kunnen kijken hoe de VN langs andere weg verantwoordelijk gehouden kon worden, in plaats van te wijzen op de mogelijkheid om de daders of de Nederlandse Staat aan te spreken. Dat zou een andere zaak zijn tegen een andere partij.¹⁰⁹

Ten vierde valt het op dat het Hof bepaalt dat artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR niet zonder meer van toepassing zijn, maar dat het vervolgens toch beoordeelt of de rechten vervat in deze artikelen een inbreuk rechtvaardigen op de immuniteit van de VN. Een argument hiervoor is dat het recht op toegang tot de rechter ook een regel van internationaal gewoonterecht is. Het was eenvoudiger geweest als het Hof direct het verlenen van immuniteit aan de VN had getoetst aan geldend internationaal gewoonterecht op dit punt. Het is echter een dubieuze interpretatie dat de voorrangsbepaling van artikel 103 VN-Handvest in dat geval niet van toepassing zou zijn, op grond van het feit dat de letterlijke tekst van dit artikel alleen de voorrang van verplichtingen onder het Handvest op internationale overeenkomsten stipuleert. Er is veel voor te zeggen om artikel 103 een wijdere en verdergaande betekenis toe te kennen. Bovendien is een recht onder internationaal gewoonterecht niet automatisch gelijk aan het recht dat is opgenomen in verdragen. Dit zou ook kunnen gelden ten aanzien van de uitleg van de immuniteit van de VN in artikel II CPIUN, die inderdaad impliceert dat de lidstaten in het geheel geen jurisdictie hebben over de VN. Niet alle lidstaten zijn evenwel partij bij dit verdrag en dit laat dus de vraag overeind of een dergelijke volledige immuniteit van de VN ook internationaal gewoonterecht vormt en ook van toepassing is op niet-verdragspartijen bij deze conventie.¹¹⁰

108. Den Dekker (2012), p. 132-133; Mallesons Stephen Jacques (2011), p. 11.

109. Vergelijk de zaken: Ilijan Nuhanovic tegen de Staat der Nederlanden, Gerechtshof 's-Gravenhage 5 juli 2011, LJN: BR0133; en Mehida Mustafic-Mujic, Damir Mustafic en Alma Mustafic tegen de Staat der Nederlanden, Gerechtshof 's-Gravenhage 5 juli 2011, LJN BR0132; en ook Brockman-Hawe (2011), p. 744-746.

110. Den Dekker en Schechinger (2010), p. 4-5; Brockman-Hawe (2011), p. 738-740.

Tot slot is opvallend dat het Hof stelt dat 'het niet-voorkómen van genocide' ernstig is, maar niet zo pregnant dat immuniteit moet wijken. Het niet-voorkómen van genocide is nadrukkelijk ook onderdeel van de delictomschrijving van genocide in het Anti-Genocideverdrag.¹¹¹ Den Dekker en Schechinger stellen de vraag of het Hof tot een ander oordeel zou zijn gekomen als de VN zelf genocide had gepleegd. Het vermoedelijke antwoord is dat dit geen verschil zou maken. Het algemeen belang dat gediend is met internationale handhaving en bescherming van vrede en veiligheid en de mogelijkheid van het misbruiken van de toegang tot de rechter door de VN steeds verantwoordelijk te stellen naar aanleiding van het falen van internationale vredesbewarende missies, blijven immers in gelijke mate bestaan. Het mogelijk misbruik van de VN van zijn immuniteit en een eventuele verplichting tot het opgeven van immuniteit zijn geen zaken die nationale rechters kunnen of zouden moeten beoordelen.¹¹²

De Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt in zijn arrest van 13 april 2012 dat de immuniteit van de VN "absoluut" is en dat de handhaving daarvan behoort tot de verplichtingen van haar lidstaten.¹¹³ De Hoge Raad wijst op de zaken *Behrami* en *Saramati* en stelt dat verplichtingen onder het VN-Handvest altijd voorrang hebben boven die onder andere internationale overeenkomsten, ongeacht of deze eerder of later van kracht werden. Het Gerechtshof had dus eenvoudigweg niet mogen toetsen aan artikel 6 EVRM volgens de criteria van *Waite&Kennedy* en *Beer&Regan*. Volgens de Hoge Raad spreekt het EHRM in deze zaken wel over de reikwijdte van de immuniteit van internationale organisaties, maar bestaat er geen grond aan te nemen dat het EHRM hier ook doelde op de VN. Onder verwijzing naar de EHRM-uitspraken in de zaak *Al-Adsani* en die van het Internationaal Gerechtshof in de zaak *Duitsland v. Italië* stelt de Hoge Raad dat in ieder geval op dit moment geen norm bestaat die stelt dat het beginsel van de immuniteit moet wijken in geval van ernstige schendingen van mensenrechten of humanitair recht of dat respect voor immuniteit afhangt van de beschikbaarheid van alternatieve mogelijkheden tot rechtstoegang. De Hoge Raad verklaart de cassatiemiddelen van de Stichting dus ongegrond en die van de Staat, die stelde dat geen plaats is voor het toetsen van immuniteit aan het recht op toegang tot de rechter, deels gegrond. Dit laatste leidde echter niet tot cassatie.

111. Art. I van het Anti-Genocideverdrag (1949) luidt: "De Verdragsluitende partijen stellen vast, dat genocide, ongeacht of het feit in vredes- dan wel oorlogstijd wordt bedreven een misdrijf is krachtens internationaal recht, welk misdrijf zij op zich nemen te voorkomen en te bestraffen."

112. Den Dekker en Schechinger (2010), p. 6-7.

113. Stichting 'Mothers of Srebrenica' e.s. tegen de Staat der Nederlanden en de VN, Hoge Raad 13 april 2012, LJN: BW1999, par. 4.3.6.

De Hoge Raad volgt in zijn uitspraak op de meeste punten de Conclusie van de advocaat-generaal mr. P. Vlas van 25 januari 2012. Toch is er een belangrijk verschil. In zijn conclusie stelt Vlas dat uit de EHRM-uitspraak in *Waite&Kennedy* volgt dat een alternatieve rechtstoegang beschikbaar moet zijn in verband met de proportionaliteitseis voor de inperking van het recht op toegang tot de rechter, maar dat een door de organisatie zelf in het leven geroepen interne rechtsgang kan volstaan. Bovendien blijkt uit deze zaak voor het EHRM duidelijk dat de proportionaliteitseis meebrengt dat een internationale organisatie niet gedwongen kan worden zich aan de rechtsmacht van de nationale rechter te onderwerpen. Een klachtencommissie bestaande uit medewerkers van de VN zou dus al afdoende zijn, zelfs als slachtoffers om verschillende redenen of beperking van de termijnen of schadevergoeding geen toegang tot deze commissie hadden. De advocaat-generaal stelt dus niet dat de uitspraken van het EHRM in *Beer&Regan* en *Waite&Kennedy* zonder meer niet van toepassing zijn, maar legt deze op zo'n manier uit dat de immuniteitsverlening aan de VN niet strijdig is met deze uitspraken. Uit de zaken van *Behrami* en *Saramati* blijkt vervolgens dat het EHRM zich terughoudend opstelt wanneer VN-operaties in het geding zijn. Het is opvallend dat volgens de advocaat-generaal de VN juist vanwege haar bijzondere positie onder internationale organisaties en haar verstreckende immuniteiten een zware verplichting heeft zorg te dragen voor een effectieve alternatieve rechtsgang voor de beslechting van geschillen die naar aanleiding van VN vredesoperaties tussen de Organisatie en burgers ontstaan en de wens uitsprekt dat voor de toekomst een adequate oplossing wordt geboden.¹¹⁴

De uitspraak van de Hoge Raad – een discussie

Het arrest van de Hoge Raad is relatief kort en bestaat voor een belangrijk deel uit verwijzingen naar jurisprudentie van het EHRM en het Internationaal Gerechtshof. Het arrest is tegelijkertijd veel stelliger in zijn argumentatie dat aan de VN immuniteit toekomt, ongeacht de ernst van de schendingen van mensenrechten of de afwezigheid van alternatieve rechtsmiddelen. Daarmee maakt de Hoge Raad een welkom einde aan onduidelijkheden in de uitspraak van het Gerechtshof. Tegelijk maakt dit eindoordeel over de absolute immuniteit van de VN duidelijk dat in de Nederlandse rechtsorde vrijwel iedere zaak tegen de VN kansloos is. Bovendien blijkt, wanneer de zaken van de Stichting en die van Mustafic en Nuhanovic in samenhang worden bekeken, dat de Nederlandse regering voortsnog geen aansprakelijkheid accepteert voor de gebeurtenissen in Srebrenica, maar de exclusieve verantwoordelijkheid neerlegt bij de VN,

114. Conclusie van de advocaat-generaal in Stichting 'Mothers of Srebrenica' c.s. tegen de Staat der Nederlanden en de VN, Hoge Raad 13 april 2012, LJN: BW1999.

zelfs nu er weinig bewijs is dat de VN invloed had op de feiten van de aanklacht, de VN absolute immuniteit wordt toegekend en deze immuniteit voorgaat op bepalingen uit mensenrechtenverdragen.¹¹⁵ Hierdoor dreigt dat voor slachtoffers van misdrijven tijdens de uitvoering van internationale missies geen enkele mogelijkheid tot rechtsherstel bestaat.

Hoe duidelijk en stellig het arrest ook is geformuleerd, enkele vragen blijven toch onbeantwoord. De Hoge Raad verwoordt in het arrest dat er een verschil is tussen de immuniteit van staten en die van internationale organisaties, maar dat dit verschil niet rechtvaardigt dat anders moet worden geoordeeld over de verenigbaarheid van immuniteit met de toegang tot de rechter. De Hoge Raad baseert zijn uitspraak voor een belangrijk deel op de recente uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de zaak tussen Duitsland en Italië. Daarmee wordt niet duidelijk welk verschil er dan is tussen de immuniteit van internationale organisaties en die van staten en waarom de uitspraak van het IGII relevant is in deze zaak. Dit is des te meer de vraag nu het IGH in die zaak oordeelde dat in de statenpraktijk geen grond te vinden is voor het oordeel dat staatsimmuniteit afhankelijk is van de beschikbaarheid van een effectieve alternatieve wijze van geschillenbeslechting. Het punt is dat in het geval van rechtszaken tegen een staat vaak wel een alternatieve rechtstoegang openstaat, namelijk de nationale rechter van die staat. Bij de VN is dat niet het geval. Afgezien van de review boards in vredesbewarende operaties heeft de VN nauwelijks alternatieve rechtswegen opengesteld.

Het is interessant dat de Hoge Raad oordeelt dat de *Waite & Kennedy*-criteria niet van toepassing zijn op de VN. Den Dekker stelt dat 'de VN klaarblijkelijk kan volstaan met het sturen van een enkel briefje aan de Staat waarin zij zich op immuniteit beroept en wegblijven in de procedure, ook al ontbreekt binnen de VN een reële alternatieve rechtsgang, terwijl (de rechtsgangen binnen) andere internationale organisaties door de Nederlandse rechter zonder meer aan de beoordeling van de verhouding tussen het recht op *access to justice* en immuniteit van de organisatie worden onderworpen aan de hand van de rechtspraak van het EHRM'.¹¹⁶ Dit impliceert dat het belang van de VN kennelijk zo groot is en dat de organisatie zo'n bijzondere plaats inneemt dat dit onderscheid tussen de VN en andere organisaties gerechtvaardigd is.

Ten slotte verdient nog vermelding dat de Raad van State op 3 maart 2010 in een verzoek van nabestaanden van Srebrenica om de openbaarmaking van stukken van de VN ook verwees naar de artikelen 103 en 105 van het VN-Handvest en naar de CPIUN en oordeelde dat de minister inderdaad ingevolge artikel II, paragraaf 4 CPIUN het verzoek om openbaar-

115. Dannenbaum (2010), p. 122-123.

116. Den Dekker (2012), p. 132-133.

making van documenten van de VN niet kan inwilligen. In deze zaak speelde onder meer de vraag of de Wet openbaarheid van bestuur van toepassing is nu de documenten ook in handen van de Nederlandse overheid waren.¹¹⁷

5. Alternatieve rechtswegen voor de afwikkeling van claims tegen de VN

In het voorgaande is duidelijk geworden dat de schoen wringt als gevolg van het ontbreken van een adequate rechtsgang voor klachten tegen de VN. Dit uit zich in toenemende onvrede en ook reeds in enkele rechterlijke uitspraken, nationaal en Europees, die knagen aan het respect voor de immuniteit van de VN. De mogelijke onrechtmatigheid van het gedrag van de VN, het nagenoeg ontbreken van alternatieve rechtswegen en het mensenrecht op toegang tot de rechter doen echter vooralsnog geen afbreuk aan de immuniteit van de VN. In verschillende zaken, waarin sprake is van ernstige claims, spreken rechters meer of minder expliciet uit dat het betreurenswaardig is dat deze claims als gevolg van de immuniteit van de VN niet beoordeeld kunnen worden en dat dit niet in overeenstemming lijkt te zijn met het universele recht op toegang tot de rechter.¹¹⁸ Het *UN Peacekeeping Law Reform Project* concludeert dan ook dat er een 'accountability'-probleem bestaat met betrekking tot VN-vredesmissies, veroorzaakt door verstrekkende immuniteiten, de aansprakelijkheidsbeperking van de VN en de afwezigheid van een adequaat forum dat claims tegen de VN kan behandelen. Toch wordt ook geconcludeerd dat immuniteiten om goede redenen zijn toegekend en dat de middelen en actievrijheid van de VN afgewogen mochten worden tegen de eisen van respect voor de mensenrechten en behoud van geloofwaardigheid van de VN.¹¹⁹ Het is om die reden relevant aandacht te schenken aan alternatieve mogelijkheden voor rechtswegen voor de afwikkeling van claims tegen de VN en deze te beoordelen op wenselijkheid en haalbaarheid. Uitgangspunt dient te zijn behoud van de onafhankelijkheid van de VN en van haar beoordelingsvrijheid. Lidstaten en andere belanghebbenden kunnen via de politieke organen van de VN invloed op het beleid uitoefenen en dienen dat niet langs gerechtelijke weg te doen. Dat zou een grote mate van onvoorspelbaarheid en een ongelijke invloed van lidstaten met zich meebrengen die het goed en onafhankelijk

117. Appellante tegen Minister van Defensie, Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State 19 januari 2011, LJN: BP1317, AB 2011, 314.

118. Zie bijvoorbeeld de zaak *Mandefier v. België en VN, België* (1969); *De Luca v. VN, Verenigde Staten* (1994); *Stichting c.s. tegen VN en Nederland, Gerechtshof 's-Gravenhage* 30 maart 2010, LJN: BL8979; en de Conclusie van de advocaat-generaal naar aanleiding van het beroep in cassatie in deze zaak, 25 januari 2012, LJN: BW1999.

119. *United Nations Peacekeeping Law Reform Project* (2010), p. 16.

functioneren van de VN kunnen aantasten. Tegelijkertijd vereisen de groei van de activiteiten van de VN en van de kwaliteitseisen die ook aan de mondiale rechtsorde op het terrein van de *rule of law* gesteld worden, betere voorzieningen.

Alvorens daar ideeën voor aan te dragen, is het goed in herinnering te roepen dat er op dit moment enige mogelijkheden bestaan om privaatrechtelijke claims in te dienen voor schade veroorzaakt door de VN. In het geval van schade als gevolg van de uitvoering van VN-vredesoperaties bestaat de mogelijkheid van behandeling van de schadeclaim door de in paragraaf 2.4 besproken *review boards*. De onpartijdigheid van deze boards, die geheel bestaan uit personen aangesteld door de VN, is echter op het eerste gezicht niet volledig gegarandeerd. Voor deze boards gelden de beperkingen van de aansprakelijkheid, waardoor alleen schade tot een bepaald maximum kan worden vergoed.¹²⁰ Ook kan de VN zich in geval van schade beroepen op *operational necessity*.¹²¹ Een speciale categorie betreft contractanten. In hun arbeidscontract of andere overeenkomsten met de VN is vaak een arbitrageclausule opgenomen, waardoor zij expliciet hebben ingestemd met alternatieve rechtswegen. Anders is het bij personen en groepen die niet in een bijzondere relatie tot de VN staan en derhalve niet hebben ingestemd met alternatieve procedures.

5.1 *Alternatief 1: de immuniteit van de VN beperken en de organisatie verantwoordelijk houden*

Zoals in de inleiding vermeld, heeft zich binnen de VN een praktijk gevormd om afstand te doen van de immuniteit ingeval van verkeersovertreedingen, beschuldigingen van seksueel misbruik en materiële schade veroorzaakt door VN-vredesoperaties. Het verdient aanbeveling dat de Secretaris-Generaal van de VN hierover een up-to-date rapport verschaft en ter bespreking aan de AVVN voorlegt. Hierin zou hij kunnen aangeven op basis van welke uitgangspunten en op welke wijze hij voornemens is invulling te geven aan zijn recht en verplichting onder de CPIUN om in bepaalde zaken afstand te doen van de immuniteit van de VN. Het onthouden van toegang tot het recht in met name civiele zaken tegen de VN staat in toenemende mate op gespannen voet met fundamentele rechten van burgers (vergelijk de uitspraken in *De Luca*, *Manderlier* en *Srebrenica*). In verband met de toenemende aandacht voor mensenrechten en de steeds sterkere positie van de VN (internationale organisaties zijn niet meer zo zwak als vroeger), bestaat de noodzaak om de relevante regels vanuit dit perspectief

120. Zie VN General Assembly, A/RES/52/247, 17 juli 1998.

121. Vergelijk Zwambag (2008), p. 45.

nog eens tegen het licht te houden.¹²² Reinisch heeft voorgesteld om internationale organisaties achteraf te beschermen in plaats van vooraf, al kan dat ook tot heel onbevredigende uitkomsten leiden. Zijn conclusie dat in groot aantal gevallen (eigendomskwesies, contracten met derde partijen, arbeidszaken, tuchtzaken) jurisdictie door nationale rechtbanken goed zou kunnen functioneren, bevat naar mijn mening een kern van waarheid. De problemen die het oplevert voor de organisatie zijn relatief klein, terwijl rechtzoekenden dan toegang tot de rechtbank krijgen. Als een internationale organisatie onevenredig benadeeld wordt door een nationale rechterlijke uitspraak, zou in de opvatting van Reinisch de internationale organisatie altijd nog een internationale claim kunnen indienen tegen de staat waar de uitspraak is gedaan op basis van 'denial of justice'.¹²³ Aan dit voorstel van Reinisch voor bescherming van de organisatie achteraf, in plaats van vooraf (door direct immuniteit toe te kennen), kleven echter vele zowel principiële als praktische bezwaren. Dit maakt immers rechterlijke toetsing van het optreden van de VN in iedere willekeurige staat mogelijk en ingeval van een verklaring van onrechtmatig gedrag is het voor de gelacdeerden wel erg wrang indien de Staat dan alsnog de Organisatie moet beschermen tegen aansprakelijkheid. Om die reden is het beter om meer ruimte te maken voor alternatieve rechtsmiddelen binnen de VN zelf (zie daarover alternatief 3).

5.2 Alternatief 2: de lidstaten verantwoordelijk houden

Een tweede mogelijkheid is om niet de VN maar haar lidstaten verantwoordelijk te houden. De redenering is dat lidstaten ten opzichte van hun burgers de verplichting hebben te zorgen voor een behoorlijke toegang tot een rechter. Nu zij deze toegang zelf beperkt hebben door aan staten en internationale organisaties immuniteit te verlenen zijn de lidstaten zelf verantwoordelijk. Deze redenering wordt bijvoorbeeld gevolgd in de Spaanse zaak *X v. Deodato*. Nu verhuurder X geen huur kan invorderen van een Italiaanse diplomaat kan hij de Spaanse overheid verzoeken de diplomaat tot *persona non grata* te verklaren en bij weigering een schadevergoeding vorderen van de Spaanse overheid.¹²⁴ Ook het Franse *Conseil d'Etat* concludeerde dat de Franse staat verantwoordelijk gesteld kon worden nu een verhuurder geen toegang tot de rechter had in een zaak over huurverhoging van een UNESCO-functionaris. Het *Conseil d'Etat* onderbouwde deze

122. Zie ook Dekker en Ryngaert (2011), die een actieve rol voor nationale gerechten in deze zien weggelegd.

123. Reinisch (2004), p. 388-390.

124. *X v. Deodato*, Tribunal Constitucional, Spanje, 140/1955, 28 september 1995.

beslissing met een beroep op het gelijkheidsbeginsel met betrekking tot openbare uitgaven.¹²⁵

Het lijkt echter nogal disproportioneel en om die reden geen goed idee om een staat mede verantwoordelijk te houden voor de schade toegebracht door een internationale organisatie of een andere staat. Daarnaast is het zeker in geval van internationale vredesmissies niet rechtvaardig troepenleverende staten verantwoordelijk te houden voor schade die burgers van het land waarin geïntervenieerd wordt, hebben opgelopen door de gedragingen van of namens een internationale organisatie. Dit gaat in tegen het idee achter de VN als een collectief van staten dat internationale vrede en veiligheid beoogt te garanderen. Bovendien is het onjuist als een zendstaat aansprakelijk zou kunnen worden gehouden, terwijl dat land geen of nauwelijks enige operationele zeggenschap heeft over zijn militairen die onder bevel staan van de VN. Dat zou in de toekomst kunnen gaan betekenen dat dergelijke landen zich zullen willen bemoeien met de VN-bevelvoering en dat dan de eenheid van opereren van de VN-operaties onmogelijk wordt. Ook zou door deze potentiële aansprakelijkheid van troepenleverende landen ongetwijfeld de bereidheid van lidstaten om bij te dragen aan internationale vredesmissies afnemen. Rechtvaardiger zou zijn om alle lidstaten van de organisatie hoofdelijk verantwoordelijk te houden, maar dit lijkt om praktische redenen niet haalbaar.

Deze bevinding staat natuurlijk los van het feit dat lidstaten verantwoordelijk zijn en blijven (*Nuhanovic* en *Mustafic*, uitspraken Gerechtshof 's-Gravenhage 201 Ib en c) als zij zelf verantwoordelijk zijn voor schade, bijvoorbeeld omdat zij effectieve controle over schadeveroorzakende gedragingen uitoefenden of in andere situaties, zoals aangeduid in onder meer de ILC-ontwerpartikelken over aansprakelijkheid van internationale organisaties (DARIO).

5.3 *Alternatief 3: naar een onafhankelijke klachtencommissie binnen het VN-systeem*

Zoals besproken in paragraaf 2.4 is in de standaardovereenkomst tussen de VN en troepenontvangende landen een clause opgenomen over de afwikkeling van schadeclaims. Daartoe worden ad hoc klachtencommissies, zgn. *review boards*, ingesteld. Een vaste klachtencommissie, zoals voorzien in de model-SOFA (1990), is tot op heden echter niet van de grond gekomen. Nu er in individuele vredesoperaties ruime ervaring is opgedaan met ad hoc review boards verdient het aanbeveling de voorziene *standing claims commissions* op basis van een helder mandaat van de AVVN, op voorstel

125. *Ministre des Affaires étrangères v. Dame Bugarat et autres*, Conseil d'Etat in Frankrijk, 29 oktober 1976, Recueil 453 (1977). Zie ook Reinisch (2004), p. 298v en 329v.

van de Secretaris-Generaal, alsnog op te richten. Hier kan wellicht geleerd worden van de recente oprichting (2008) van het UN Dispute Tribunal en het UN Appeals Tribunal voor interne personeelsaangelegenheden (zie par. 2.1). Het lijkt verstandig om het mandaat van een dergelijke commissie vooralsnog te beperken tot civiel- en bestuursrechtelijke zaken en de strafrechtelijke jurisdictie vooralsnog bij de troepenleverende landen te laten. Binnen de VN zou dan ook een 'Central Claims Commission' opgericht kunnen worden die als het overkoepelend orgaan van de *claims commissions* van individuele vredesoperaties en de centrale beroepsinstantie gaat fungeren voor het beoordelen van klachten van slachtoffers van VN-vredesoperaties die geen verhaal hebben kunnen vinden binnen het verband van de afzonderlijke vredesoperatie.¹²⁶

5.4 *Alternatief 4: een Ombudspersoon*

Evenals in vele nationale rechtssystemen bestaat ook op internationaal niveau enige ervaring met ombudspersonen. Zo bestaat binnen een onderdeel van de Wereldbankgroep een zogenaamde Compliance Adviser terwijl in een ander onderdeel het Wereldbank Inspectiepanel opereert. Ook de Europese Unie kent een Ombudsman. In het verband van de vredesmissie UNMIK in Kosovo werd ook een Ombudsman ingesteld waar lokale personen met klachten tegen de vredesmissie terecht konden. Voorts stelde de Veiligheidsraad in 2009 een Ombudspersoon in voor het ontvangen en onderzoeken van klachten van burgers en organisaties die meenden ten onrechte op de sanctielijsten van de anti-terrorisme comités van de Veiligheidsraad te zijn geplaatst.¹²⁷ Dit gebeurde deels in reactie op de *Kadi*-arresten van het Europese Hof van Justitie.¹²⁸ De drempel voor het instellen van een Ombudspersoon met louter aanbevelende bevoegdheid aan de Secretaris-Generaal en via hem aan de AVVN en de Veiligheidsraad, is waarschijnlijk lager dan die voor een vaste klachtencommissie of een tribunaal. Bovendien kan een Ombudspersoon gezien worden als een voorloper voor dergelijke instanties en kan op basis van opgedane ervaringen beslist worden wat de beste methode is om de klachten van belanghebben-

126. Ook de Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken (CAVV) heeft de oprichting van een Central Claims Commission bepleit in haar advies d.d. 14 februari 2002 inzake aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden tijdens VN-vredesoperaties. De Nederlandse regering gaf echter in haar reactie op dit advies aan deze aanbeveling niet over te nemen: zie Tweede Kamer, Vergaderjaar 2001-2002, 28000 V nr. 68.

127. Zie VN Security Council, S/RES/1904, 17 december 2009 en S/RES/1989, 17 juni 2011.

128. Zie met name HvJ EU, gecombineerde zaken C-402/05 P and C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi en Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union en Commission of the European Communities, Judgment, Grand Chamber, 3 september 2008. Zie van den Herik en Schrijver (2008).

de partijen over het handelen of nalaten van de VN te behandelen in de geest van de internationale normen over toegang tot de rechter, behoorlijke procesgang en rechtsherstel.

5.5 *Alternatief 5: uitbreiding van het UNAT of vergelijkbare tribunalen*

Het voormalige UN Administrative Tribunal (inmiddels opgeheven en opgegaan in het nieuwe UN Dispute Tribunal) vatte, zoals besproken in paragraaf 2, zijn mandaat reeds ruim op. Dit gaat echter niet verder dan personen die in een arbeid gerelateerde relatie staan tot de VN. Het is wellicht een mogelijkheid om op termijn de bevoegdheden van het nieuwe United Nations Appeals Tribunal uit te breiden en deze ook als beroepsinstantie te laten fungeren voor klachten van bestuurs- en civielrechtelijke aard tegen de VN in zaken waarin rechtsmiddelen tegen de Organisatie ontbreken of die naar het oordeel van de eisers niet correct door andere instanties zijn behandeld. In plaats van de UNAT zou na het opdoen van ervaring met de onder 3 bepleite klachtencommissies en de onder 4 bepleite Ombudspersoon op den duur ook gedacht kunnen worden aan een nieuw, geheel onafhankelijk tribunaal.

6. **Aanbevelingen**

Aan de VN

Overeenkomstig artikel VIII, sectie 29 CPIUN (1946) behoort de VN allereerst regelingen te treffen voor passende wijzen van beslechting van geschillen die voortvloeien uit overeenkomsten en andere geschillen van privaatrechtelijke aard waarbij de VN partij is.

Ten tweede wordt aanbevolen om de model-SOFA zodanig te wijzigen dat deze in overeenstemming wordt gebracht met de huidige praktijk en overige relevante juridische documenten (waaronder het model-MOU), waardoor duidelijkheid ontstaat over toepasselijke regels met betrekking tot immuniteiten en aansprakelijkheid van de VN.

Ten derde wordt aanbevolen zo spoedig mogelijk een Ombudspersoon aan te stellen die klachten kan behandelen over schade veroorzaakt door de VN, haar organen, medewerkers of de aan haar ter beschikking gestelde organen en medewerkers en over de afhandeling daarvan. De Ombudspersoon doet ter zake aanbeveling aan de Secretaris-Generaal.

Ten vierde verdient het aanbeveling per vredesoperatie de *standing claims commission* op te richten zoals voorzien in de bepalingen van de model-

SOFA (1990). Deze dient voor de duur van de vredesoperatie een permanent karakter te hebben en te bestaan uit ten minste drie leden: één daarvan aan te stellen door de VN, één door de regering van het land waarin de missie wordt uitgevoerd en een voorzitter aan te wijzen door deze twee leden gezamenlijk dan wel met behulp van een onafhankelijke autoriteit (bijvoorbeeld de president van de Algemene Vergadering of de president van het Internationaal Gerechtshof). Op deze manier wordt voorzien in een onafhankelijk en permanent orgaan dat schadeclaims met betrekking tot internationale missies in behandeling kan nemen.

Ten vijfde zou moeten worden gezien of het nuttig en gepast zou zijn een internationale overkoepelende klachtencommissie ('Central Claims Commission') of VN-tribunaal te scheppen, die fungeert als beroepsorgaan ten opzichte van de huidige review boards en de bepleite toekomstige standing claims commissions. Dit naar voorbeeld van het recent opgerichte UN Appeals Tribunal in personeelsaangelegenheden.

Ten zesde zou de Secretaris-Generaal een rapport dienen op te stellen over de manier waarop hij zijn recht en verplichting onder de CPIUN opvat om af te zien van immuniteit van de VN. Op gezette tijden zou de Secretaris-Generaal tevens inzicht moeten geven in de procedures die aangespannen zijn tegen de VN of haar vertegenwoordigers, de manier waarop deze zijn afgehandeld en tevens aanbevelingen bevatten over de afhandeling van toekomstige claims.

Ten slotte dient de VN, zeker nu haar aansprakelijkheid is beperkt tot zuiver economische schade, onder omstandigheden actief gebruik te maken van overige bestaande vormen van rechtsherstel die haar immuniteit niet in de weg staan, met name slachtofferhulp, openheid met betrekking tot feiten en relevante documenten, erkenning en excuses (zoals in de evaluatierapporten over de VN-vredesoperaties in Rwanda en Srebrenica).

Aan lidstaten

Lidstaten wordt aanbevolen de immuniteit van de VN volledig te respecteren aangezien dit van wezenlijk belang is voor het goed en onafhankelijk functioneren van de organisatie waarmee het algemene publieke belang van handhaving van vrede en veiligheid in de wereld is gediend. Dit impliceert dat de VN op dit terrein in rechte niet kan worden aangesproken voor de nationale rechter in een lidstaat.

Lidstaten wordt tevens aanbevolen gebruik te maken van alle hun ter beschikking staande politieke wegen de hierboven genoemde alternatieve rechtswegen binnen de VN te realiseren.

Troepenleverende en anderszins contribuerende lidstaten worden opgeroepen openheid te geven over eventuele fouten, de eigen verantwoordelijkheid niet te ontlopen en te voorzien in relevante vormen van rechtsherstel, met name erkenning, excuses en bijdrage aan wederopbouw.

Aan advocaten, andere vertegenwoordigers en rechters

In diverse gerechtelijke uitspraken en juridische documenten is uiting gegeven aan bezorgdheid over het gemis van alternatieve rechtswegen voor slachtoffers van schade veroorzaakt door de VN. Aanbevolen wordt waar mogelijk de VN op dit gemis te blijven wijzen en op te roepen te voorzien in adequate en geloofwaardige oplossingen.

Daarnaast verdient het aanbeveling realistisch te zijn over de huidige wijzen waarop de VN kan worden aangesproken. Dit voorkomt onterechte hoop en illusies bij slachtoffers veroorzaakt door rechterlijke procedures die gedoemd zijn te stranden wegens de immuniteit van de VN.

Aan de Nederlandse regering, in het bijzonder de minister van Buitenlandse Zaken

Overeenkomstig haar grondwettelijke opdracht de internationale rechtsorde te bevorderen, zou het de Nederlandse regering sieren om in het forum van de VN ideeën aan te dragen voor de herziening van de model-SOFA, de oprichting van de vaste klachtencommissies ten behoeve van internationale vredesoperaties, de instelling van een Ombudspersoon en op termijn de instelling van een Central Claims Commission of een afzonderlijk tribunaal ter afhandeling van klachten tegen de VN en haar functionarissen voor gedragingen door of namens de Organisatie.

Bijlage 1. Verschijningsvormen van immuniteit

Rechthebbers	Reikwijdte immuniteit	Beperking/ uitzondering	Eventueel afstand doen	Rechtsbron immuniteit
Staten	Absoluut/ evoluerend naar relatief	Tegenwoordig alleen voor <i>acta iure imperii</i> . Geen immuniteit meer voor private handelingen en handelingen strijdig met fundamentele normen	Door staat	Gebaseerd op art. 2(1) VN-Handvest en uitgewerkt in UNCJISP.
Staatshoofden, regeringsleiders, ministers van BuZa, diplomaten	Persoonlijk en volledig	Niet meer voor handelingen strijdig met fundamentele normen. Zie art. 27 Statuut Internationaal Strafhof over 'Irrelevance of official capacity'	Door eigen staat	Gewoonterecht. Betreffende diplomaten: Verdrag van Wenen 1961 en Verdrag Speciale Missies 1969
Na ambtsperiode	Functioneel			
Overige gezagsdragers	Functioneel	Alleen voor officiële handelingen	Door eigen staat	Gewoonterecht VN-verdrag 2004
Internationale Organisaties	Functioneel	Alleen voor handelingen binnen doelstellingen organisatie		Constitutionele en multilaterale verdragen Gewoonterecht
De VN	Absoluut in Hfdst. VII aangelegenheden	Uit de praktijk blijken geen uitzonderingen of beperkingen	Door S-G	Art. 105 VN-Handvest en art. II (2) CPIUN
De Secretaris-Generaal	Absoluut		Door VN-Veilighedsraad	CPIUN
Medewerkers van de VN	Functioneel		Door S-G	CPIUN
Experts op missie	Functioneel		Door S-G	CPIUN
Commandant vredsmissie	Functioneel		Door S-G	
VN medewerkers vredsmissie	Functioneel		Door S-G	Model-SOFA en missie-specifieke SOFAs
Leden van nationale troepen	Functioneel	Volledig onder strafrechtelijke jurisdictie van de eigen staat. Toezegging van de zendstaat nodig voor uitoefening jurisdictie.	S-G niet gerechtigd tot afstand, uitsluitend zendstaat	Model-SOFA en missie-specifieke SOFAs
Vrijwilligers en contractanten vredsmissies	Athankelijk van bepalingen	Dit betreft nieuwere en meer flexibele contractvormen. Er zijn nog geen vaste bepalingen.	Afhankelijk van bepalingen	Niet geregeld in model-SOFA. Wisselende bepalingen in missie-specifieke SOFAs

Bijlage 2. Lijst van bronnen

Verdragen (inclusief modelverdragen):

Anti-Genocideverdrag Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 9 december 1948, 78 *UNTS* 277.

CPIUN Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 13 februari 1946, 1 *UNTS* 15.

ECSI European Convention on State Immunity, 16 mei 1972, *CETS* no. 74, *Trb* 1973, nr. 43.

EVRM European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 november 1950, *ETS* 5.

ICC Statute Rome Statute of the International Criminal Court, 17 juli 1998, 2187 *UNTS* 3.

IVBPR/ICCPR International Covenant on Civil and Political Rights, 16 december 1966, 999 *UNTS* 171.

ILC-DARIO Draft articles on the responsibility of international organizations, International Law Commission, voorgelegd aan de General Assembly, in *VN doc. A/66/10*, 'Report of the International Law Commission' (2011), paragraaf 87.

model-MOU (1997) Memorandum of Understanding Between the United Nations And [participating State] contributing resources to [the United Nations Peacekeeping operation], General Assembly, 27 augustus 1997, annex bij *VN doc. A/51/967*.

model-MOU (2007) Revised draft model memorandum of understanding, General Assembly, 12 juni 2007, annex bij *VN doc. A/61/19* (part III).

model-SOFA Draft model status-of-forces agreement between the United Nations and host countries, General Assembly, 9 oktober 1990, annex bij *VN doc. A/45/594*.

UNAT Statute Statute of the Administrative Tribunal of the United Nations, General Assembly, aangenomen in Resolutie 351 A (IV), 24 november 1949.

UNCJISP United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, 2 december 2004, A/RES/59/38, *Trb* 2010, nr. 272.

UNDT Statute Statute of the United Nations Dispute Tribunal en Statute of the United Nations Appeals Tribunal, Annex I en II bij A/RES/63/253, 24 december 2008.

UVRM/UDHR Universal Declaration of Human Rights, 10 december 1948, UNGA Res 217A (III).

VN-Handvest Charter of the United Nations, 26 juni 1945, 892 *UNTS* 119.

Verdrag tegen Foltering Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 december 1984, 1465 *UNTS* 85.

Verdrag tegen Gedwongen Verdwijningen International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 20 december 2006, *VN doc. A/61/488, Trb.* 2008, nr. 173.

VN-resoluties:

GA A/RES/52/247 (1998) Resolutie van de General Assembly, Third-party liability: temporal and financial limitations, 17 juli 1998.

GA A/RES/62/228 (2008) Resolutie van de General Assembly, Administration of justice at the United Nations, 6 februari 2008.

GA A/RES/63/253 (2009) Resolutie van de General Assembly, Administration of justice at the United Nations, 17 maart 2009.

GA A/RES/66/100 (2012) Resolutie van de General Assembly, Responsibility of international organizations, 27 februari 2012.

SC S/RES/819 (1993) Resolutie van de Security Council, 16 april 1993.

SC S/RES/1904 (2009) Resolutie van de Security Council, 17 december 2009.

SC S/RES/1989 (2011) Resolutie van de Security Council, 17 juni 2011.

Overige VN-documenten:

S-G A/51/903 (1997) UN Secretary-General, Report of the Secretary-General on Administrative and Budgetary Aspects of Financing of the United Nations Peacekeeping Operations, 21 mei 1997.

S-G A/CN.4/L.383 en Add. 1-3 (1985) UN Secretary-General, 'Relations between States and International Organizations (second part of the topic), The Practice of the United Nations, the specialized agencies and the International Atomic Energy Agency concerning their status, privileges and immunities, study prepared by the Secretariat', 1985.

S-G Secretary-General's Bulletin 'Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law', 6 augustus 1999, ST/SGB/1999/13.

Spec. Rapp. A/CN.4/424 and Corr.1 (1989) United Nations, 'Fourth report on relations between States and International Organizations (second part of the topic), by Mr. Leonardo Díaz-González, Special Rapporteur' (24 april 1989), Extract from the *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (1), p. 153, 1989.

Amicus Curiae Brief (1980) Amicus curiae brief in 'Marvin R. Broadbent et al. v. Organization of American States: Decision of 8 January 1980', Reprinted in *United Nations Juridical Yearbook* (1980), Chapter VII, p. 227.

S-G A/54/549 (1999) UN Secretary-General, Report of the Secretary-General, 'The Fall of Srebrenica', 15 november 1999.

S-G A/66/749 (2012) UN Secretary-General, Report of the Secretary-General, 'Delivering Justice: programme of action to strengthen the rule of law at the national and international levels', 16 maart 2012.

Nationale Wetgeving:

Nederland:

Wet Algemene Bepalingen Wet houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, 15 mei 1829.

Wet Internationale Misdrijven Wet houdende regels met betrekking tot ernstige schendingen van het internationaal humanitair recht (wet internationale misdrijven), 19 juni 2003, *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden* 270 (2003).

Verenigde Staten

IOIA International Organizations Immunities Act, 1945, 59 Stat. 669, 22 *USCA* § 288v.

Beleidsdocumenten:

CAVV-advies (2002) Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken, 'Advies inzake aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden tijdens VN vredesoperaties', Advies nr. 13, Den Haag, februari 2002.

CAVV-advies (2011) Commissie van Advies inzake Volkenrechtelijke Vraagstukken, 'Advies inzake de immuniteit van buitenlandse ambtsdragers', Advies nr. 20, Den Haag, mei 2011.

MinBuZa (2001/2002) Ministerie van Buitenlandse Zaken, 'Zetel akkoord? Eindrapport van de werkgroep Beleidskader werving en opvang internationale organisaties', Interdepartementaal Beleidsonderzoek, Ronde 2001/2002, nummer 8.

Jurisprudentie:

Internationaal Gerechtshof (IGH)

1949 Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Internationaal Gerechtshof, Advisory Opinion, 11 april 1949, ICJ Reports 174 (1949).

1989 Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Internationaal Gerechtshof, Advisory Opinion, 15 december 1989.

1998 Case concerning questions of interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie, Internationaal Gerechtshof, Preliminary Objectives, Judgment, 27 februari 1998.

1999 Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Internationaal Gerechtshof, Advisory Opinion, 29 april 1999.

2012 Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Internationaal Gerechtshof, Judgment, 3 februari 2012.

United Nations Administrative Tribunal (UNAT)

1971 *Irani v. Secretary-General of the United Nations*, UN Administrative Tribunal, 6 oktober 1971, Judgment no. 150, *United Nations Juridical Yearbook* 162 (1971).

1977 *Tcixeira v. Secretary-General of the United Nations*, UN Administrative Tribunal, 14 oktober 1977, Judgment 230, *United Nations Juridical Yearbook* 138 (1979).

1990 *Salaymeh v. UNRWA*, UN Administrative Tribunal, 17 november 1990, Judgment no. 469 (unpublished).

1990b *Zafari v. UNRWA*, UN Administrative Tribunal, 10 november 1990, Judgment no. 461 (unpublished).

Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU)

2008 *Gecombineerde zaken C-402/05 P and C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi en Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union en Commission of the European Communities*, Hof van Justitie van de Europese Unie, Judgment, Grand Chamber, 3 september 2008.

Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM)

1990 *Fayed v. Verenigd Koninkrijk*, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Zaak no. 17101/90, Judgment, 21 september 1990.

1999 *Beer en Regan v. Duitsland*, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Zaak no. 28934/95, Judgment, 18 februari 1999.

1999b *Waite en Kennedy v. Duitsland*, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Zaak no. 26083/94, Judgment, 18 februari 1999.

2001 *Al-Adsani v. Verenigd Koninkrijk*, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Zaak no. 35763/97, Judgment, 21 november 2001.

2007 *Gevoegde zaken van Agim Behrami en Bekir Behrami v. France en Ruzhdi Saramati v. Frankrijk, Duitsland en Noorwegen*, zaken no. 71412/01 en no. 78166/01, Europese Hof voor de Rechten van de Mens, Grand Chamber, Admissibility, 2 mei 2007.

Nederlandse gerechtelijke instanties

Raad van State

2011 *Appellante tegen Minister van Defensie, Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State* 19 januari 2011, LJN: BP1317, AB 2011, 314.

Hoge Raad der Nederlanden

1995 *Ary Spaans v. Iran-United States Claims Tribunal*, Hoge Raad 20 december 1995, LJN: AC9158, NJ 1986, 438.

2007 *Euratom*, Hoge Raad (stralkamer) 13 november 2007, LJN: BA9173.

2012 *Stichting 'Mothers of Srebrenica' e.s. tegen de Staat der Nederlanden en de VN*, Hoge Raad 13 april 2012, LJN: BW1999.

Gerechtshof 's-Gravenhage

2010 Stichting Mothers of Srebrenica c.s. tegen de Staat der Nederlanden en de VN, Gerechtshof 's-Gravenhage 30 maart 2010, LJN: BL8979.

2011 European Patent Organization tegen Stichting Restaurant de la Tour, Gerechtshof 's-Gravenhage 21 juni 2011, LJN: BR0188.

2011b Hasan Nuhanovic tegen de Staat der Nederlanden, Gerechtshof 's-Gravenhage 5 juli 2011, LJN: BR0133.

2011c Mehida Mustafic-Mujic, Damir Mustafic en Alma Mustafic tegen de Staat der Nederlanden, Gerechtshof 's-Gravenhage 5 juli 2011, LJN BR0132.

Rechtbank 's-Gravenhage

2002 Slobodan Milosevic tegen het Internationaal Straftribunaal voor het voormalig Joegoslavië en de Staat der Nederlanden, Rechtbank 's-Gravenhage 26 februari 2002, LJN: AD9602.

2008 Stichting Mothers of Srebrenica c.s. tegen de Staat der Nederlanden en de VN, Rechtbank 's-Gravenhage 10 juli 2008, LJN: BD6796.

Buitenlandse nationale gerechtelijke instanties

België

1969 Manderlier v. United Nations and Belgian State, Brussels Appeal Court, 15 september 1969, *United Nations Juridical Yearbook*, p. 236 (1969).

Egypte

1952 Hilpern v. UNRWA, Egyptian Court, 1952, Annual Report of the Director of UNRWA, 8 UN GAOR, Supp. (No. 12) 26, UN Doc. A/2470 (1953)

1961 Giurgis v. UNRWA, Labour Court Cairo, 31 December 1961.

Frankrijk

1977 Ministre des Affaires étrangères v. Dame Burgat et autres, Conseil d'Etat in Frankrijk, 29 oktober 1976, Recueil 453 (1977).

Jordanië

1954 Y. v. UNRWA, Magistrate Court of Jordan, januari 1954, Annual Report of the Director of UNRWA, 9 UN GAOR, Supp. (No.17) 31, UN Doc. A/2717 (1954).

Libanon

1952 W v. UNRWA, Labour tribunal attached to the Lebanon Ministry of National Economy, 1952, Annual Report of the Director of UNRWA, 8 UN GAOR, Supp. (No. 12) 25, UN Doc. A/2470 (1953).

1953 X v. UNRWA, Lebanon Labour Arbitration Tribunal, July 1953, Annual Report of the Secretary-General, 9 UN GAOR, Supp. (No. 1) 106, UN Doc. A/2663 (1954).

Spanje

1995 X v. Deodato, Tribunal Constitucional, Spanje, 140/1955, 28 September 1995.

Syrië

1955 WW v. UNRWA, Syria, 1955-56, Annual Report of the Director of UNRWA, 7 UN GAOR, Supp. (No. 13) 44, UN Doc. A/2171 (1952).

1955b XX v. UNRWA, Syria, 1955-56, Annual Report of the Director of UNRWA, 7 UN GAOR, Supp. (No. 13) 44, UN Doc. A/2171 (1952).

Verenigde Staten

1976 The People of the State of New York v. Mark S. Weiner, Criminal Court of the City of New York, 19 januari 1976, *United Nations Juridical Yearbook* (1976), p. 249.

1987 Boimah v. United Nations General Assembly, US District Court EDNY, 664 F. Supp. 69 (EDNY 1987), 24 juli 1987.

1992 Mark Kluymel v. United Nations, US District Court SDNY, 92 Civ. 4231 (PKL), 4 december 1992.

1994 De Luca v. United Nations Organization, Javier Perez de Cuellar, Luis Maria Gomez, Armanda Duque, Kofi Annan, Abdou Ciss, Oleg Bugaev, Susan R. Mills, Frederick Gazzoli, US District Court SDNY, 841 F. Supp. 531 (SDNY 1994), 10 januari 1994.

1996 Abdi Hosh Askir v. United Nations, Hon. Boutros Boutros-Ghali, Joseph E. Connor, Brown&Root Services Corp. and "Doe" Corporations, US District Court SDNY, Judgment no. 95 Civ. 11008 (JGK), 29 juli 1996.

1996b Mark Steven Corrinet v. United Nations, Hon. Boutros Boutros Ghali, Gillian Sorensen and Ron Ginss, US District Court for the Northern District of California, Judgment No. C-95-0426 SAW, 10 september 1996, *United Nations Juridical Yearbook*, p. 530 (1996).

Literatuur:

Alebeek, van (2007) R. van Alebeek, 'Staatsimmuniteit', in N.L.J.T. Horbach, R.J.M. Lefeber en O.M. Ribbelink (eds.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press (2007), p. 231v.

Belsky e.a. (1989) Adam Belsky, Mark Merva en Naomi Roht-Arriaza, 'Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violations of Peremptory Norms of International Law', 77 *California Law Review* 365 (1989).

Blokker (2007) N.M. Blokker, 'Recht van internationale organisaties', in N.L.J.T. Horbach, R.J.M. Lefeber en O.M. Ribbelink (eds.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press (2007), p. 437v.

Boer, de (2012) Th.M. de Boer, 'Mothers of Srebrenica Foundation v. the State of the Netherlands and the United Nations', in 60 *Netherlands International Law Review* (2013), forthcoming.

Brockman-Hawe (2011) Benjamin Brockman-Hawe, 'Questioning the UN's immunity in the Dutch Courts; unresolved issues in the Mothers of

Srebrenica litigation', 10 *Washington University Global Studies Law Review* 727 (2011).

Brus (2011) M.M.T.A. Brus, 'No Functional Immunity of State Officials for International Crimes: A Principled Choice with Pragmatic Restrictions', in: *Mededelingen van de Vereniging voor Internationaal Recht*, nr. 138, Den Haag: T.M.C. Asser Press, p. 37 (2011).

Crawford (2012) James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th Edition, Oxford: Oxford University Press (2012).

Dannenbaum (2010) Karl Dannenbaum, 'Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers', 51 *Harvard International Law Journal* 113 (2010).

Deen-Racsmany (2011) Zsuzsanna Deen-Racsmany, 'The Amended UN Model Memorandum of Understanding: A New Incentive for States to Discipline and Prosecute Military Members of National Peacekeeping Contingents?', in 16 *Journal of Conflict and Security Law* 321 (2011).

Dekker, den (2012) Guido den Dekker, 'Srebrenica en de immuniteit van de VN voor de Nederlandse rechter', *Overheid en Aansprakelijkheid*, Afl. 3, september 2012.

Dekker, den, en Schechinger (2010) Guido den Dekker en Jessica Schechinger, 'The Immunity of the United Nations before the Dutch courts Revisited', The Hague Justice Portal, 4 juni 2010:

(http://www.haguejusticeportal.net/Docs/Commentaries%20PDF/HIJ_Immunity_of_UN_EN.pdf).

Dekker en Ryngaert (2011) I.F. Dekker en C. Ryngaert, 'Immunity of international organisations: Balancing the organisation's functional autonomy and the fundamental rights of individuals', in *Mededelingen van Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nr. 138, Den Haag: T.M.C. Asser Press (2011), p. 83v.

Henquet (2010) Th. Henquet, 'International Organisations in the Netherlands: Immunity from the Jurisdiction of the Dutch Courts', 57 *Netherlands International Law Review* 267 (2010).

Herik, van den en Schrijver (2008) L.J. van den Herik en N.J. Schrijver, 'Eroding the Primacy of the UN System of Collective Security: The Judgment of the European Court of Justice in the Cases of Kadi and Al Barakaat', 5 *Int'l Org. L. Rev.* 329 (2008).

Hoek, van (2011) A.A.H. van Hoek, 'Staatsimmuniteit in het privaatrecht', in *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nr. 138, Den Haag: T.M.C. Asser Press (2011), p. 1v.

Johnson (2010) Larry Johnson, 'Introductory Note to *Brzak v. United Nations* (2D Cir.) and *Mothers of Srebrenica v. Netherlands & United Nations* (Neth. App. Ct.)', 49 *International Legal Materials* 1011 (2010).

Kooijmans (2008) P.H. Kooijmans, *Internationaal Publiekrecht in Vogelvlucht*, Den Haag: Kluwer (2008), tiende druk, bewerkt door M.M.T.A. Brus e.a.

Mallesons Stephen Jacques (2011) Mallesons Stephen Jacques, 'Mothers of Srebrenica Court of Appeal Case', *Humanitarian Law Perspectives*, 23 juni 2011.

Miller (2009) A.J. Miller, 'The Privileges and Immunities of the United Nations', in 6 *International Organizations Law Review* 7 (2009).

Nollkaemper (2011) André Nollkaemper, *Kern van het Internationaal Publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (2011), vijfde druk.

Pauwels (2011) Ann Pauwels, 'Aansprakelijkheidsregime voor VN-vredesoperaties', in 65 *Internationale Spectator* 642 (2011).

Reinisch (2004) August Reinisch, *International Organizations before National Courts*, Cambridge: Cambridge University Press (2004).

Reinisch (2008) August Reinisch, 'The Immunity of International Organizations and the Jurisdiction of their Administrative Tribunals', in 7 *Chinese Journal of International Law* 285-306 (2008).

Reinisch en Kodek (2006) August Reinisch en Georg Kodek, 'Immunity of International Organisations and Alternative Remedies Against the United Nations', Seminar on State Immunity, Vienna University (2006).

Schermers en Blokker (2011) Henry Schermers en Niels Blokker, *International Institutional Law*, fifth revised edition, Leiden: Martinus Nijhoff (2011).

Schrijver (2011) Nico Schrijver, *Internationaal publiekrecht als wereldrecht*, Den Haag: Boom (2011).

Shraga (2000) Daphna Shraga, 'UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operations-Related Damage', in 94 *American Journal of International Law* (2000).

Spijkers (2007) Otto Spijkers, 'Legal mechanisms to establish accountability for the genocide in Srebrenica', *Human Rights & International Legal Discourse*, vol. 1 (2007), nr. 2.

Stoll (2011) Peter-Tobias Stoll, 'State Immunity', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press (updated in April 2011).

UN Best Practices Unit (2003) United Nations, Best Practices Unit, *Handbook on United Nations Multidimensional Peacekeeping operations*, December 2003.

UN Peacekeeping Law Reform Project (2010) United Nations Peacekeeping Law Reform Project (University of Essex), Briefing Paper #1, *Contemporary issues in UN Peacekeeping and International Law*, september 2010.

UN Peacekeeping Law Reform Project (2010b) United Nations Peacekeeping Law Reform Project (University of Essex), Background paper 'UN Peacekeeping and the Model Status of Forces Agreement', augustus 2010.

Wellens (2007) K.C. Wellens, *Remedies against International Organisations*, Cambridge: Cambridge University Press (2007).

Wickremasinghe (2009) Chanaka Wickremasinghe, 'International Organizations or Institutions, Immunities before National Courts', in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, last updated in juli 2009.

Wouters en Schmitt (2010) Jan Wouters en Pierre Schmitt, 'Challenging Acts of other United Nations' Organs, Subsidiary Organs and Officials', april 2010, Leuven Center for Global Governance Studies, Working Paper No. 49 (<http://ssrn.com/abstract=1767869>).

Yang (2012) Xiadong Yang, *State Immunity in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press (2012).

Zwanenburg (2005) Marten Zwanenburg, *Accountability of Peace Support Operations*, Leiden: Martinus Nijhoff (2005).

Zwanenburg (2008) Marten Zwanenburg, 'UN Peace Operations Between Independence and Accountability', 5 *International Organizations Law Review* 23 (2008).

Websites:

VN www.un.org 'Protection from Sexual Exploitation and Abuse by UN and Related Personnel, Major Achievements',

<http://www.un.org/en/pseataaskforce/achievements.shtml>, laatst bezocht op 03-01-2013.