



Amsterdam Business Human Rights Clinic (Arms Trade Team)
Director Business & Human Rights Clinic L. Bryk
Nieuwe Achtergracht 166
P.O. Box 15544
1001 NA Amsterdam
Telephone: +31(0)20 525 2958
e-mail: amsterdamlawclinics@uva.nl
www.amsterdamlawhub.nl/amsterdamlawclinics

MEMORANDUM BEVINDINGEN VRAGEN TERMS OF REFERENCE

Aan: Vredesorganisatie PAX Utrecht en Public Interest Litigation Project (PILP) Amsterdam
Auteurs: Lisa Perridon, Stefanie Hakkesteegt, Friso Oostenbrink en Dilan Ata

Betreft: Memorandum bevindingen Business and Human Rights Clinic
Datum: 29 juni 2020



INHOUDSOPGAVE

I. Inleiding	4
II. Conclusie	6
<i>A. Procedure Staat</i>	6
<i>B. Conclusie bedrijf</i>	12
III. Aanbevelingen	15
Deel I: onderbouwing bevindingen procedure tegen de staat	18
<i>Onderzoeks- en deelvragen</i>	18
 <i>Deelvraag 1: Toegang tot civiele rechter</i>	19
I. Conclusie	19
II. Onderbouwing	19
 <i>Deelvraag 2: Ontvankelijkheidsvereisten art. 3:305a BW, geen obstakel</i>	20
I. Conclusie	20
II.1 Ontvankelijkheidsvereisten 3:305a BW	20
II.2 Aanvullende vereisten WAMCA	22
II.3 Lichter regime (vordering met ideëel doel)	22
II.4 Aanvullend vereiste: bevoegdheid civiele rechter	23
 <i>Deelvraag 3: Mogelijke vorderingen bij de civiele rechter</i>	23
I. Conclusie	23
II. Onderbouwing	24
II.1 Opkomen tegen appellabele besluiten	24
II.2 Formele rechtskracht	25
II.3 Rechtspraak vorderingen (formele rechtskracht en niet-belanghebbenden)	26
II.4 Verklaring voor recht: mogelijkheden en kansrijkheid	31
II.5 De verklaring voor recht: ontvankelijkheid	32
II.6 Overheidsaansprakelijkheid anders dan voor appellabele besluiten	36
II.7 Onrechtmatigheid van toekomstige of dreigende handelingen	43
II.8 Zuiver nalaten: niet uitvaardigen van beleid	45
II.9 Gebod/verbod	46
 <i>Deelvraag 5: Grondslag onrechtmatig handelen van de Staat</i>	48
I. Conclusie	48
II. Onderbouwing	48
II.2 Mensenrechtenverplichtingen: EVRM en IVBRP	48
II.2 Internationaal humanitair recht	56
II.3 Internationale staatsaansprakelijkheid	58



Deel II: onderbouwing bevindingen procedure tegen het wapenexport-bedrijf	60
<i>Onderzoeksvragen</i>	<i>60</i>
<i>Onderzoeksvraag 3: Kansrijkheid kort geding tegen de leverancier</i>	<i>60</i>
I. Conclusie	60
II. Onderbouwing	61
II.1 Het kort geding	62
<i>Onderzoeksvraag 5: Verantwoordelijkheid bedrijven in relatie tot verleende vergunning</i>	<i>72</i>
I. Conclusie	73
II. Onderbouwing	73
II.1 Business and Human Rights Framework	73
II.2 Nationaal Contactpunt	74
II.3 Corporate due dilligence	76
II.4 Rechtspraak	77
II.4.1 NAM	78
II.4.2 Shell	79
II.4.3 Boskalis	80
II.4.4 Kalimijnen	81
II.4.5 Wyeth	82
II.4.6 Melchemie	82
II.4.6 Vedanta (UK)	83

CONFIDENTIAL



I. INLEIDING

1. In dit memo staan onze bevindingen op de vragen 1, 2, 4 (a) en (b) zoals overeengekomen in de *Terms of Reference*, centraal. Dit naar aanleiding van de bespreking van 7 april 2020.
2. Deze vragen luiden als volgt:
 - 1) Is de civiele rechter in het geval van het onderzoeksscenario bevoegd te oordelen over de vorderingen van PAX/PILP, nu zij (als niet-belanghebbenden) niet-ontvankelijk waren bij de bestuursrechter? Zijn PAX/PILP in dat geval ontvankelijk op grond van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek?
 - 2) Welke vorderingen kunnen PAX/PILP indienen tegen de Staat, indien de civiele rechter bevoegd is en zij ontvankelijk zijn op grond van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek, als PAX/PILP een onherroepelijk bestuursbesluit willen aanvechten? Hoe kansrijk zijn deze vorderingen? Kunnen PAX/PILP bij de civiele rechter vorderen dat een onherroepelijk bestuursbesluit buiten werking wordt gesteld door opschorting of vernietiging?

Aanvullende deelvragen vraag 2:

2a) Kan een verklaring voor recht gevorderd worden dat de Staat onrechtmatig handelt zonder daar de beoordeling van concrete wapenexportvergunningen bij te betrekken? Aan welke processuele vereisten moet dan worden voldaan en hoe kansrijk is deze route?¹

2b) Materieel: de beoordeling van een vordering op basis van een onrechtmatige daad. Kan de Staat onrechtmatig handelen los van de vergunningsverlening en zo ja op welke grondslag?²
 - 3) Hoeveel kans van slagen heeft een kort geding tegen de leverancier om de uitvoer te voorkomen zolang de procedure tegen de Staat loopt?
 - 4) Heeft, en zo ja hoe, de wapenexportvergunning invloed op de zorgplicht van het bedrijf? Wanneer kan een bedrijf worden aangesproken op ongeschreven zorgvuldigheidsnormen?
3. De vragen zijn beantwoord vanuit het scenario (hierna ‘het **onderzoeksscenario**’) dat er een wapenexport vergunning is verleend maar de wapens zich nog in Nederland bevinden. PAX/PILP zijn geen belanghebbenden in bestuursrechtelijke zin bij het besluit om de vergunning te verlenen³, want zij zijn geen rechtstreeks en individueel geraakt in de zin van

¹ Verwerkt in deel I als deelvraag 4.

² Verwerkt in in deel I als deelvraag 5.

³ Gerechtshof Amsterdam, 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4582, r.o. 5.6.



artikel 44 lid 1 van het Douanewetboek van de Unie (DWU)⁴. Daarom wordt in dit memo onderzocht welke civielrechtelijke wegen beschikbaar zijn om de levering te verhinderen.

4. Dit memo valt uiteen in twee delen: (i) de onderbouwing met betrekking tot de vragen over een eventuele procedure tegen de Staat, en (ii) de onderbouwing met betrekking tot de vragen over het eventuele kort geding tegen het wapenexport-bedrijf. Per deel worden de daarbij behorende onderzoeksvragen behandeld waarvan sommige zijn opgedeeld in deelvragen. De opbouw daarvan is als volgt: per onderzoeks-/deelvraag presenteren wij onze deelconclusies en daarna volgt de onderbouwing.
5. Allereerst presenteren wij onze hoofdconclusie en daaruit volgende strategische aanbevelingen.

CONFIDENTIAL

⁴ Verordening (EU) nr. 952/2013 van het Europees Parlement en van de Raad van 9 oktober 2013 tot vaststelling van het douanewetboek van de Unie, *PbEU* 2013, L 269/10.



II. CONCLUSIE

A. Procedure Staat

Opkomen tegen een verleende vergunning

7. Toegang tot de civiele rechter lijkt geen probleem gelet op de bevoegdheidsverdeling tussen de civiele en bestuursrechter. Omdat er geen bijzondere rechtsgang openstaat (bestuursrechter) zullen PAX/PILP bij de civiele rechter ontvankelijk zijn/een rechtsvordering kunnen instellen. Ook de ontvankelijkheidsvereisten van art. 3:305a BW leveren geen obstakels op.
8. De vraag welke vorderingen ingesteld kunnen worden is minder eenvoudig te beantwoorden. De rechtspraak en literatuur geven daar geen duidelijk antwoord op. Voorop staat dat de formele rechtskracht van het besluit (het uitgangspunt dat de civiele rechter een bestuursrechtelijk besluit voor rechtmatig houdt als niet (tijdig) of zonder succes tot in laatste aanleg bij de bestuursrechter is opgekomen tegen het besluit) niet met succes aan PAX/PILP kan worden tegengeworpen, omdat zij geen belanghebbenden zijn bij de vergunning en daarom de bestuursrechtelijke procedure niet hebben kunnen voeren.
9. Uit de rechtspraak blijkt dat de civiele rechter in zo'n geval het besluit op rechtmatigheid kan toetsen. Het is mogelijk te vorderen dat de civiele rechter voor recht verklaart dat het bestuursbesluit onrechtmatig is. Het ligt echter niet voor de hand dat de civiele rechter de werking van het besluit zal aantasten in de zin dat de rechter daaraan de werking zal ontnemen door deze op te schorten, buiten werking te stellen of een bevel tot heroverweging of herziening zal uitspreken. Dit in verband met het primaat van de bestuursrechtelijke kolom in bestuurskwesties en met de rechtszekerheid.⁵ Onze inschatting is daarom dat een vordering bij de burgerlijke rechter om een onherroepelijk besluit in die zin aan te tasten niet kansrijk is.
10. Uit de jurisprudentie over de onrechtmatigheid van onherroepelijke besluiten blijkt voorts dat de civiele rechter onder omstandigheden bereid is om een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad toe te kennen. Het vorderen van een schadevergoeding is voor het onderzoeksscenario echter niet bruikbaar.
11. Een route die wij in het tweede gedeelte nader onderzoeken is of een gevorderde en door de rechter uitgesproken verklaring voor recht dat de vergunning onrechtmatig is verleend, kan worden ingezet in een procedure tegen het wapenexportbedrijf, met als doel levering onder de exportovereenkomst tegen te gaan. De verklaring voor recht kan dan worden ingezet om aan te tonen dat de levering in strijd zou zijn met een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

⁵ Deze term gebruikt Schlössels om aan te geven dat de civiele rechter een besluit dat door een bestuur wordt genomen en door een bestuursrechter in stand wordt gelaten, in beginsel niet opnieuw inhoudelijk wil toetsen. De civiele rechter respecteert aldus de rechtsmacht van de bestuursrechter. Daarnaast spelen ook overwegingen van rechtszekerheid en procesdoelmatigheid een rol. R.J.N. Schlössels, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2019, 990-996.



12. Een complicatie is dat de procedure tegen de Staat om die verklaring te krijgen, meer tijd inneemt dan het kort geding tegen het bedrijf.⁶ Een optie zou kunnen zijn om in de parallelle bodemprocedure tegen de Staat een voorlopige voorziening te vorderen om de vergunning op te schorten in de tussentijd. Omdat dit ook de werking van de vergunning aantast is het nog onzeker of dit kan. Nader onderzoek is nodig om te bezien of het karakter van de voorlopige voorziening ruimte biedt.
13. Het blijkt lastig voor PAX/PILP tegen de vergunningverlening op te komen, omdat zij naar het oordeel van de bestuursrechter geen belanghebbenden (rechtstreeks en direct geraakten) zijn in de zin van het DWU, dat op de vergunningverlening van toepassing is. Daarmee zijn de middelen van PAX/PILP om op te komen voor de belangen die zij ingevolge hun statuten behartigen beperkt. Indien de civiele rechter tot het oordeel komt dat een vergunning onrechtmatig is verleend, lijkt dat niet te leiden tot een aantasting van de werking van de vergunning. Gezien het doel van de vergunning, het toezicht op de export van wapens, vinden wij dat een zorgelijke lacune in de rechtsbescherming. Als onze bevindingen kloppen is het zinvol om, naast het voorbereiden van civiele procedures, na te denken over het aankaarten van deze lacune door middel van campagnes, lobbywerk of het afdwingen van prejudiciële vragen.
14. Bij nader onderzoek naar voornoemde rechtsbeschermingskwestie, kan jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie aanknopingspunten bieden. Het Hof toetst in een aantal uitspraken of het betreffende nationale recht voorziet in de mogelijkheid voor een bestuursorgaan om een onherroepelijk besluit te herzien. In beginsel moet de nationale rechtsorde namelijk in die mogelijkheid voorzien.⁷ Verder onderzoek is nodig om te beoordelen in hoeverre deze jurisprudentie gevolgen heeft voor het onderzoeksscenario. Ook heeft het Hof zich uitgelaten over de vraag of een bestuursorgaan gehouden is om een in rechte onaantastbaar geworden besluit, dat later in strijd blijkt met het Unierecht, te heroverwegen. Indien die schending kennelijk, absoluut en voor onbepaalde tijd is, is het ontbreken van een mogelijkheid om dat besluit te heroverwegen niet te rechtvaardigen door een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel.⁸ Ook de waarde van deze uitspraak voor het onderzoeksscenario verdient nader onderzoek.
15. Wellicht zou in een procedure een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie kunnen worden voorgelegd over de mogelijkheid van een herziening/schorsing van een besluit zoals in het onderzoeksscenario. Nader onderzoek is nodig naar de voorwaarden voor een dergelijke prejudiciële vraag, het verloop van deze procedure, en of dit van toepassing is op het onderzoeksscenario.
16. De vraag voor het Hof van Justitie luidt dan of de enge uitleg van de Nederlandse rechter van het Unierechtelijke douane-belanghebbendebegrip juist is en of de uitkomst dat bij een verleende

⁶ Over de mogelijkheden die een kort geding biedt wordt nader ingegaan in conclusie B over de procedure tegen het bedrijf.

⁷ Zie bijvoorbeeld HvJEU 13 januari 2004, zaak C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17 (Kuhne & Heitz) en ECLI:EU:C:2009:178 - HvJ EG, 24-03-2009 (Danske Slagterier).

⁸ HvJEU 4 oktober 2012, zaak C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608 (Byankov).



wapenexportvergunning slechts de exporteur beroep in kan stellen billijk is, met name in het licht van de door die vergunning mede te beschermen mensenrechten.

Een bredere benadering: opkomen tegen onrechtmatig handelen van de Staat

17. Nu het opkomen tegen een verleende wapenexportvergunning weliswaar mogelijk blijkt, maar zeer hoogstwaarschijnlijk niet zal kunnen leiden tot een aantasting daarvan, ligt de vraag voor of PAX/PILP een verklaring voor recht kunnen vorderen dat de Staat in algemene zin onrechtmatig handelt door vergunningen voor wapenexport naar een bepaald conflictgebied of land dat betrokken is bij een gewapend conflict, in overweging te nemen. Het antwoord op die vraag zal in zeer sterke mate afhangen van de concrete omstandigheden van het geval. Het lijkt in beginsel geen probleem een dergelijke vordering in te stellen zonder deze vergezeld te laten gaan van een vordering tot een bevel (gebod/verbod). De civiele rechter bevoegd om overheidshandelen te beoordelen, ook als dat niet een appellabel besluit betreft.

Ontvankelijkheid van de vordering

18. Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van een vordering zal de rechter in het kader van artikel 3:303 BW het processueel belang van de vordering beoordelen. Met name als de onrechtmatigheid van toekomstig/dreigend handelen wordt gevorderd, zal de rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid al naar de onrechtmatigheid kijken. Dat betekent concreet dat beoordeeld zal worden of een ingestelde vordering voldoende concreet omschreven is, in de zin dat de vordering alle toekomstige handelingen beslaat. Indien aan deze vordering nog een verbodsvordering wordt gekoppeld, dan zal de rechter in het kader van de ontvankelijkheid tevens al toetsen of sprake is van een reële dreiging dat het onrechtmatig gedrag zal plaatsvinden.

Inhoudelijke beoordeling

19. Nadat de hoge drempel van de ontvankelijkheid is genomen, is de vraag hoe kansrijk de vordering is. Dat hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Omdat bij de beoordeling van de ontvankelijkheid al naar de onrechtmatigheid wordt gekeken, is de kans dat een vordering die ontvankelijk is verklaard voor toewijzing in aanmerking komt relatief groot. In zaken van buitenlands en defensiebeleid zal de rechter wel zeer terughoudend toetsen. De Staat komt immers bij uitstek op dat vlak beleids- en beoordelingsvrijheid toe.
20. Bij een vordering die strekt tot de verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig handelt als zij vergunningen verleent voor wapenexport naar een bepaald conflictgebied, zal het met name lastig zijn de handeling zo specifiek te omschrijven, dat deze handeling onder alle omstandigheden onrechtmatig is. De beschrijving zal eruit moeten bestaan dat ofwel een specifieke op handen zijnde vergunning onrechtmatig is, vanwege de heersende omstandigheden, ofwel dat zo lang de heersende omstandigheden gelden, alle vergunningen voor export naar het gebied onrechtmatig zijn. Als daarnaast een verbod wordt gevorderd dient er ook sprake te zijn van een reële dreiging dat de Staat het onrechtmatige gedrag zal vertonen, ergo: (opnieuw) een vergunning zal verlenen voor export naar het betrokken gebied.
21. Een vordering die strekt tot de verklaring dat de Staat onrechtmatig handelt wegens strijd met hoger recht blijkt niet kansrijk. Nederland heeft de internationale en EU-regelgeving op het gebied van internationale wapenhandel juist geïmplementeerd. Nederland onderscheidt zich wel van een aantal andere Europese landen, omdat Nederland geen gebruik maakt van het recht om



restrictievere regelingen op te stellen dan het EU Gemeenschappelijk Standpunt 2008 (Gemeenschappelijk Standpunt)⁹ bevat. Dat is echter geen plicht, maar een recht. Het zal moeilijk worden om te beargumenteren dat onder omstandigheden dat recht wel kan omslaan in een verplichting.

22. Een vordering op grond van zuiver nalaten zal ook niet eenvoudig te onderbouwen zijn. Voor een door de Staat in te stellen moratorium of wapenembargo bestaat geen rechtsplicht. Sterker, embargo's worden in het algemeen, vanuit effectiviteitsoogpunt, eerder een Europese respectievelijk internationale dan een nationale aangelegenheid geacht. Dat neemt niet weg dat sommige ons omringende landen wel degelijk de mogelijkheid hebben tot het instellen van (tijdelijke) embargo's/moratoria en daarvan ook gebruik maken.
23. In algemene zin maakt Nederland nauwelijks of geen gebruik van het recht om restrictievere regels toe te passen dan het Gemeenschappelijk Standpunt voorschrijft. Andere lidstaten doen dat wel. De vraag zou kunnen zijn of Nederland voldoet aan de in de preambule bij het Gemeenschappelijk Standpunt gestelde doelstellingen. Wellicht kan beargumenteerd worden dat door het niet gebruikmaken van de mogelijkheid die het Gemeenschappelijk Standpunt biedt om restrictiever op te treden, Nederland onder omstandigheden niet alles eraan doet om de doelstellingen van het Standpunt na te streven.
24. Of het voor de hand ligt om een vordering tot verklaring voor recht te vergezellen van een gebodsvordering, hangt vooral af van strategische overwegingen. Een vordering jegens de Staat die verder gaat dan een verklaring voor recht kan publieke discussie genereren over de rol van de rechter in de rechtsstaat. Dat zal met name gelden voor een gebodsvordering, die de Staat verplicht om maatregelen te nemen.
25. Voor een onrechtmatige daadsactie los van de vergunningsverlening (een 'bredere onrechtmatige daad'), moet wel een grondslag bestaan. De vraag is dus of de Staat in het onderzoeksscenario op een andere grond dan het ten onrechte verlenen van de vergunning, onrechtmatigheid heeft gehandeld.
26. De (internationale) verplichtingen van de Staat bieden helaas geen duidelijke grondslag voor een bredere onrechtmatige daad. Uiteindelijk concentreert de discussie zich in het kader van mensenrechtenverplichtingen steeds weer op de onderliggende belangenafweging van de vergunningverlening. Een vordering op grond van het internationaal humanitair recht levert mogelijk wel een grondslag op los van de vergunningverlening, maar of dit argument bruikbaar is hangt af van de context. Ten slotte kan de route van de internationale staatsaansprakelijkheid mogelijk alternatief bieden, maar vanwege de omvang van dit onderwerp valt dit buiten het bereik van dit onderzoek. Achtereenvolgens worden de onderzochte mogelijke grondslagen en bevindingen kort toegelicht.

Mensenrechtenverplichtingen

27. In de eerste plaats hebben wij gekeken naar de mensenrechtenverplichtingen van de Staat, in het bijzonder het recht op leven zoals neergelegd in artikel 2 Europees Verdrag voor de Rechten van

⁹ Gemeenschappelijk Standpunt 2008/944/GBVB van de Raad van 8 december 2008 tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor de controle op de uitvoer van militaire goederen en technologie (*pbEU*, 2008, L335/99).



de Mens (EVRM) en artikel 6 Internationaal Verdrag inzake Burger en Politieke Rechten (IVBPR). In het ideale geval zou op basis van deze artikelen een (positieve) verplichting voor de Nederlandse Staat bestaan om individuen in het conflictgebied te beschermen tegen de ongewenste gevolgen van de wapenexporten.

28. Een aanvraag is echter of in het onderzoeksscenario ook extraterritoriale werking uitgaat van deze mensenrechtenverplichtingen aangezien de slachtoffers zich op niet-Nederlands grondgebied bevinden. Met andere woorden, de vraag is of de Staat ook aan deze mensenrechtenverplichtingen is gebonden in het land waar de wapens naartoe worden geëxporteerd.
29. De extraterritoriale werking van het EVRM is op basis van de jurisprudentie twijfelachtig maar zeker niet uitgesloten. Het uitgangspunt is dat extraterritoriale werking ‘exceptional’ is. In de zaak *Tugar v. Italy* is de extraterritoriale werking van het EVRM afgewezen in het kader van een wapenexport omdat er geen directe link bestond tussen de export en de mensenrechtenschendingen, aldus het Comité (voorloper van het EHRM).¹⁰ Op basis van de huidige literatuur lijkt deze uitspraak inmiddels achterhaald.¹¹ Destijds ontbrak het aan internationale verplichtingen rondom wapenexport waarin ook grensoverschrijdende mensenrechtenverantwoordelijkheden erkend werden. Dit is echter niet meer het geval. Aangezien de Arms Trade Treaty (ATT) en het Gemeenschappelijk Standpunt van kracht zijn, zou betoogd kunnen worden dat nu wel extraterritoriale werking van het EVRM uitgaat in een dergelijk scenario.
30. Ook de werking van het IVBPR is niet beperkt tot het eigen grondgebied. Volgens het VN-Mensenrechtencomité is niet het grondgebied maar de verhouding tussen de Verdragsstaat en het slachtoffer in relatie tot de verdragsschending bepalend. De maatstaf of de Verdragsstaat ‘power or effective control’ uitoefent over de betrokken personen wordt ruim uitgelegd. Centraal staat of de Staat controle heeft over de situatie die leidt tot schending van het IVBPR. In het onderzoeksscenario zou beargumenteerd kunnen worden dat extraterritoriale werking van het IVBPR uitgaat omdat Nederland controle heeft over het autoriseren van de wapenexport wat leidt tot schending van het IVBPR in het land van invoer van de wapens dan wel in het land waar de wapens uiteindelijk worden ingezet door het land van invoer.
31. Ook indien geen extraterritoriale werking uitgaat van het EVRM en het IVBPR, lijkt dat – gelet op de recente Srebrenica-zaak – niet problematisch om Nederland op de daaruit voortvloeiende normen aan te spreken. Daarin oordeelde de HR namelijk dat deze mensenrechtenstandaarden ook in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht besloten liggen.¹² De vervolgvraag is welke (positieve) verplichtingen of standaarden van deze mensenrechten uitgaan.

¹⁰ EComHR *Tugar v. Italy* 1995 no 22869/93, (paragrafen uitspraak niet genummerd)

¹¹ A. Boivoin, ‘Complicity and beyond’, *International review of the Red Cross* 2005 volume 87 nr 859, p. 480; S. Casey-Maslen in: ‘The Arms Trade Treaty: A Commentary’, Oxford University Press 2016, nr. 6.78: met betrekking tot het aantonen van de vereiste directe link (“causation”) wordt de link gelegd met artikel 6 paragraaf 2 en 3 ATT.

¹² HR, 19-07-2019, nr. 17/04567, ECLI:NL:HR:2019:1223 (Srebrenica), r.o. 4.2.2; De extraterritoriale werking van het IVBPR en EVRM wel aangenomen door het hof ten aanzien van de mini safe area aangezien de staat daar effective control had over de gedragingen van Dutchbat in Bosnië en Herzegovina. Dit is stand gebleven in cassatie.



32. Zowel het EVRM en het IVBPR leggen aan de Staat een algemene verplichting op om het recht op leven te beschermen. Beide verdragen verplichten Nederland te voorzien in een adequaat juridisch kader om individuen tegen schendingen van het recht op leven te beschermen. Beargumenteed zou kunnen worden dat Nederland niet op juiste wijze aan deze wetgevingsverplichting heeft voldaan. Een nadeel is dat de discussie zich dan wederom zal concentreren op het wettelijk kader van de vergunningverlening (en toepassing daarvan). Dit levert met andere woorden geen grondslag op voor een ‘breder’ onrechtmatige daad.
33. Daarnaast kan Nederland onder artikel 2 EVRM en artikel 6 IVBPR onder omstandigheden gehouden zijn preventieve maatregelen te nemen om individuen te beschermen wanneer het recht op leven wordt bedreigd. Deze verplichting geldt ook extraterritoriaal. Het is echter zeer de vraag welke maatregelen in het onderzoeksscenario van de Nederlandse Staat – los van het niet verlenen van de vergunning – verlangd zouden kunnen worden. Indien PAX/PILP bepaalde maatregelen in gedachten hebben, zou onder verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM over feitelijke maatregelen betoogd kunnen worden dat de Staat niet aan deze positieve verplichting heeft voldaan.¹³
34. De moeilijkheid om een grondslag buiten de sfeer van de vergunningverlening te vinden wordt onderstreept door de maatstaf die de Hoge Raad in de Srebrenica-zaak hanteert: de rechter dient bij de beoordeling van de maatschappelijke zorgvuldigheid (artikel 6:162 BW) de belangenafweging van de Staat te beoordelen.¹⁴ Dat zal neerkomen op de belangenafweging van het al dan niet verlenen van de vergunning. Er is immers geen andere belangenafweging. Om die reden zal de discussie zich wederom op de vergunningverlening concentreren en niet op een ‘breder’ onrechtmatige daad.
35. Dat de discussie zich dan op de belangenafweging concentreert kan een praktisch probleem opwerpen wegens de bewijslast. Gesteld en zo nodig bewezen zal moeten worden dat Nederland de verkeerde afweging heeft gemaakt. Zonder inzicht in die afweging kan dat argument moeilijk gevormd worden en de rechter daar niet over oordelen. Wellicht kan door middel van WOB-verzoeken de nodige informatie verkregen worden, maar de bewijslevering zal vermoedelijk niet eenvoudig zijn en tijd kosten.

Internationaal humanitair recht

36. Een andere mogelijkheid waar in dit onderzoek naar gekeken is, is een onrechtmatige daadsactie op grond van het Internationaal Humanitair Recht (IHR). Het IHR lijkt inmiddels ook voor individuen (en dus ook voor belangenorganisaties) inroepbaar voor de Nederlandse rechter.¹⁵ Omdat Nederland niet direct betrokken is bij het conflict waar de geleverde wapens worden ingezet, lijkt Common Article 1 van de Geneefse Conventies de meest voor de hand liggende grondslag. Op basis van Common Article 1 zijn Staten gehouden de Geneefse Conventies te

¹³ Zie hierover E. Gijssels, Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?, NTM/NJCM-bull 2016/11.

¹⁴ HR, 19-07-2019, nr. 17/04567, ECLI:NL:HR:2019:1223 (Srebrenica), r.o. 4.2.5.

¹⁵ L. Hill-Cawthorne, ‘Rights under International Humanitarian Law’, *European Journal of International Law*, Volume 28, Issue 4, section C; Lura Dedovic e.a. tegen Wim Kok, Gerechtshof Amsterdam, Vierde Meervoudige Burgerlijke Kamer, 6 juli 2000, LJN: AO0070, 759.99 SKG.



respecteren en tot het verzekeren daarvan in alle omstandigheden. Hieruit volgt mede dat staten zich moeten onthouden van alle handelingen die kunnen bijdragen tot schendingen van het IHR.

37. Beargumenteerd kan worden dat Nederland door het toestaan van de wapenexporten naar conflictgebieden, assisteert in schendingen van het IHR en dus in strijd handelt met Common Article 1. Hierbij is van belang op te merken dat de vraag wanneer er sprake is van assisteren zeer context gebonden is. Wanneer het gaat om een relatief kleine levering naar een gebied dat wel in conflict is maar de ernst daarvan ook (relatief gezien) beperkt is, zou het wellicht te ver gaan om te spreken van assisteren. Andersom geldt dat dit argument misschien wel hout snijdt wanneer het gaat om een grote levering naar een geëscaleerd conflictgebied, bijvoorbeeld in het geval van Jemen. Op basis van het onderzoeksscenario is het lastig hier iets over te zeggen. Indien dit argument op voorliggende feiten bruikbaar lijkt, is het van belang nader onderzoek te doen naar de vereisten voor de bewijslevering in dit verband.

Internationale Staatsaansprakelijkheid

38. Ten slotte kan gewezen worden op de route van de staatsaansprakelijkheid zoals neergelegd in de Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA).¹⁶ Dit betreft echter internationaal recht en is dus enkel inroepbaar door staten. Hierdoor is dit de minst voor de hand liggende route is. Om die reden en vanwege de omvang van het onderwerp, valt deze route buiten het bereik van dit onderzoek. Nader onderzoek kan echter een optie zijn. De zaak IGH Gambia v. Myanmar laat namelijk zien dat het mogelijk is om een andere staat bereid te vinden een dergelijk belangrijke zaak bij het Internationaal Gerechtshof in Den Haag in te dienen.¹⁷

B. Conclusie bedrijf

Kansrijkheid kort geding

39. Het is lastig in te schatten welke uitkomst een kort geding heeft zonder concrete feiten en omstandigheden te hebben voor een specifieke casus. De voorzieningenrechter heeft een grote mate van vrijheid bij het toe- en afwijzen van voorlopige voorzieningen. Bovendien speelt het afwegen van de verschillende belangen een grote rol, hetgeen naar zijn aard casuïstisch is.
40. De voorzieningenrechter zal, kort gezegd, kijken naar drie zaken: of de eiser een spoedeisend belang bij de voorziening heeft; wat naar het voorlopige oordeel van de voorzieningenrechter de rechtsverhouding tussen partijen is; en wat de belangen van partijen bij toe- en afwijzing van de vordering zijn. PAX/ PILP lijken een spoedeisend belang bij een voorlopige voorziening te hebben, mits er inderdaad sprake is van een dreigende uitvoer door de gedaagde partij. Er kan dus niet uit het niets een zaak worden aangespannen. Maar als uitvoer dreigt, hebben PAX/PILP een spoedeisend belang, omdat het een verbodsvordering voor dreigend onrechtmatig handelen

¹⁶ Zie in dat kader: S. Zwijsen, M. Kanetake & Cedric Ryngaert, 'The Law of *State Responsibility* and the *Arms Trade Treaty*', *AA* 20200151.

¹⁷ L. Hunt 'Gambia's genocide case against Myanmar shows that smaller countries can also help balance the scales of international justice', *equaltimes.com* <<https://www.equaltimes.org/gambia-s-genocide-case-against?lang=en#.XsFCthMzZmB>>; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), dossier beschikbaar via International Court of Justice <<https://www.icj-cij.org/en/case/178>> (geraadpleegd op 27 maart 2020).



betreft. Wat betreft het voorlopige oordeel over de rechtsverhoudingen moeten twee aspecten aannemelijk worden gemaakt. Ten eerste beroepen we ons op de onrechtmatigheid van de vergunning. Dit is mogelijk, maar kan in praktijk lastig aannemelijk te maken zijn, omdat de informatie over de grondigheid waarmee de toets is uitgevoerd maar zeer beperkt beschikbaar is en de termijn kort. Mocht er voldoende grond zijn, dan moet ten tweede aannemelijk worden gemaakt dat de uitvoer van de wapens hierdoor ook onrechtmatig is. Van de onderzochte gronden maakt – voor dit scenario - onrechtmatigheid op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt het meeste kans. Of onrechtmatigheid van de vergunning tot een succesvolle verbodsvordering kan leiden is nog een open juridische vraag. Voor een positief antwoord op deze vraag pleit het feit dat wettelijke bepalingen, zelfs als ze niet rechtstreeks van toepassing zijn, kunnen worden gebruikt om een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm in te kleuren. Tot slot kan een voorzieningenrechter een belangenafweging maken. Deze afweging complementeert het voorlopig oordeel over de rechtsverhoudingen. Voor zover onzekerheid bestaat over de uitspraak die een bodemrechter uiteindelijk zal doen, zal het oordeel van de voorzieningenrechter afhangen van de belangen van partijen. Daarbij zullen de belangen van PAX/PILP, die mensenrechtenschendingen willen voorkomen, wellicht zwaarder wegen dan de belangen van de leverancier, die in het ergste geval een vertraging heeft te lijden. De schade die een leverancier hierdoor oploopt, is zonder concrete feiten moeilijk in te schatten. Indien de koper door de vertraging op wat voor manier dan ook grote schade lijdt, kan de leverancier worden geconfronteerd met een grote vordering. Dit zal echter in het specifieke geval moeten blijken en zal dan door de rechter worden meegenomen in zijn belangenafweging.

41. Hoewel succes in kort geding niet is uitgesloten zal deze route maar beperkt bruikbaar zijn. Het grootste obstakel is het onrechtmatig laten verklaren van de vergunning. Dit is mogelijk, maar in de praktijk lastig, omdat er weinig informatie over de totstandkoming van de vergunning is. Mocht deze eerste horde worden genomen, dan is in de rechtspraak nog niet uitgemaakt of deze onrechtmatigheid dan ook grond kan zijn voor toewijzing voor een verbodsvordering.

De eigen due diligence verplichtingen van het bedrijf

42. De zorgvuldigheidsplicht van ondernemingen met betrekking tot mensenrechten wordt niet aangetast door het verkrijgen van een door de overheid gereguleerde wapenexportvergunning. De verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten na te leven en due diligence uit te voeren staat los van de verplichting van de overheid om internationale verplichtingen na te komen. Ondernemingen hebben veelal de neiging om zich te verschuilen achter de wapenexportvergunning, omdat de overheid voorafgaand aan het verlenen van die vergunning al toetst op mensenrechtenrisico's, en de verantwoordelijkheden die zij hebben zijn vastgelegd in juridisch niet-bindende richtlijnen. De toets die de overheid verricht staat echter los van die van het bedrijf, en zoals uit rechtspraak blijkt behouden bedrijven een verantwoordelijkheid na het verkrijgen van de vergunning. Betoogd zou kunnen worden dat wanneer het om een professioneel en internationaal opererend bedrijf gaat dat de middelen heeft om gevolgen van bedrijfsactiviteiten te voorzien, aansprakelijkheid op grond van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen sneller kan worden aangenomen. Wat mee kan spelen zijn de relatief eenvoudige manieren om due diligence te verrichten, en daarmee dus risico's in te perken, wat ook in de Shell Nigeria-zaak werd benadrukt. De bezwaarlijkheid van de te nemen



voorzorgsmaatregelen in het licht van art. 6:162 BW kan dus aan de hand van het te verrichten due diligence onderzoek worden ingevuld. Bedrijven blijven een eigen verantwoordelijkheid houden, zelfs wanneer zij in lijn met de verkregen vergunning handelen, zoals volgt uit de NAM-zaak¹⁸. Of er in strijd is gehandeld met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt blijft echter afhangen van de omstandigheden van het geval.

CONFIDENTIAL

¹⁸ Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715.



III. AANBEVELINGEN

Strategische overwegingen algemeen

- Ondanks dat een zaak tegen de Staat tot een meer structurele oplossing kan leiden en de Staat op grond van internationale, Unierechtelijke en nationale verplichtingen een bijzondere verantwoordelijkheid heeft bij wapenexport, verdient het aanbeveling eerst het exportbedrijf aan te spreken. Een procedure tegen de Staat lijkt namelijk minder kansrijk dan een procedure tegen het bedrijf gelet op de procedurele beperkingen (zie nr. 66 e.v.).
- Aangezien het primaire doel is de levering tegen te houden, dient een kort geding tegen het bedrijf te worden aangespannen. Wij achten een vordering op grond van een toekomstige onrechtmatige daad wegens het niet naleven van de due diligence verplichting het meest kansrijk. Bedrijven hebben een zelfstandige due diligence verplichting op grond van de UNGPs en de OESO-richtlijnen. De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW wordt dan ingevuld aan de hand van deze verplichting.
- Indien het bedrijf met succes wordt aangesproken, kan die uitspraak een belangrijk argument vormen in een latere procedure tegen de Staat. Niet alleen zal de rechter de eventuele onrechtmatigheid van die levering kunnen betrekken in het oordeel of de vergunningverlening al dan niet rechtmatig was, maar ook zal een dergelijk vonnis een goed argument zijn om ook toekomstige leveringen aan het betrokken gebied onrechtmatig te laten verklaren. Het vergt wel nader onderzoek of PAX/PILP langs deze route nog voldoende belang hebben in een latere procedure tegen de Staat over de specifieke vergunning. Ook als dit niet het geval blijkt, lijkt een succesvolle actie tegen het bedrijf - naast dat de levering wordt tegengehouden - in campagne-technisch opzicht waardevol. Daarnaast kan het een betoog voor een bredere actie tegen de Staat ondersteunen.
- Verder verdient aanbeveling onderzoek te laten doen naar een prejudiciële procedure over de uitleg van het belanghebbende-begrip van het Douanewetboek van de Unie door de bestuursrechter (zie nrs. 15-16).

Strategische overwegingen procedure Staat

- In het geval van een procedure tegen de Staat, geldt dat PAX/PILP een collectieve actie op grond van art. 3:305a BW moeten instellen bij de civiele rechter. Ondanks dat de ontvankelijkheidsvereisten geen obstakel opleveren, zal wel nog aan het overlegvereiste voldaan moeten worden (zie nr. 56). Verder is aan te raden een beroep te doen op art. 3:305a lid 6 BW zodat een lichter ontvankelijkheidsregime geldt waardoor bepaalde strenge governance eisen wegvallen.
- Het verdient aanbeveling om naast een vordering die strekt tot de onrechtmatigverkaring van de verleende vergunning, subsidiair een verklaring voor recht te vorderen dat de Staat in algemene zin onrechtmatig handelt door vergunningen te verstrekken voor export naar het betrokken gebied. Tevens kan dan een verbod op toekomstige handelingen die daartoe strekken worden gevorderd.
- Er zijn geen precedents in de rechtspraak met betrekking tot het buiten werking stellen of opschorten ('aantasten') van een onrechtmatig bestuursbesluit door de civiele rechter. Desondanks menen wij dat het indienen van een vordering die daartoe strekt het proberen waard is. PAX/PILP



kan een dergelijk verzoek immers niet indienen bij de bestuursrechter. Beargumenteerd kan worden dat in dit specifieke geval de civiele rechter als restrechter een dergelijke vordering moet beoordelen.

- Indien PAX/PILP de zaak tegen de Staat ‘breder’ willen insteken dan enkel gericht tegen de vergunningverlening, of om zolang mogelijk buiten die discussie te blijven, kan een verklaring voor recht worden gevraagd dat het (toekomstige) verlenen van vergunningen naar het betrokken gebied in algemene zin onrechtmatig is. Dan is van belang dat de bestreden handelingen voldoende concreet omschreven zijn. De civiele rechter zal immers bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van de vordering al beoordelen of die handelingen onder alle omstandigheden onrechtmatig kunnen zijn.
 - Ter onderbouwing van een dergelijke bredere onrechtmatige daads-vordering kan een beroep gedaan worden op een van de volgende grondslagen:
 - (1) Recht op leven artikel 2 EVRM: indien PAX/PILP feitelijke/controle maatregelen in gedachten hebben die de Staat had moeten nemen rondom de wapenexport (zie nr. 176 e.v.), of;
 - (2) Common Article 1 Geneefse Conventies, indien de levering beschouwd kan worden als een aanzienlijke/substantiële bijdrage aan een gewapend conflict. (zie nr. 196 e.v.).
- In aanvulling hierop bevelen wij aan – indien dat PAX/PILP interessant lijkt – nader onderzoek te doen naar de route van de Internationale Staatsaansprakelijkheid (ARISWA) voor het Internationaal Gerechtshof.¹⁹
- Bij iedere vordering speelt bewijslevering een rol. De beoordeling van de onrechtmatige daad komt vermoedelijk neer op de belangenafweging van de Staat. Indien een onrechtmatige daadsactie tegen de overheid ingesteld wordt, kunnen PAX/PILP met WOB-verzoeken werken om de nodige feiten ter tafel te krijgen.

Strategische overwegingen procedure bedrijf

Kort geding om levering te voorkomen op grond van onrechtmatige vergunningverlening

- Bij het aanspannen van een kort geding moeten PAX/PILP staven dat er sprake is van een spoedeisend belang. Dat wil zeggen dat aangetoond moet worden dat er een reële dreiging is dat de uitvoer daadwerkelijk gaat plaatsvinden (zie nr. 215 e.v.).
- Daarnaast is de vordering tegen het bedrijf gebaseerd op een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm die wordt ingekleurd door de toets die de overheid moet doen bij het verlenen van de export vergunning. Als een voorzieningenrechter onvoldoende overtuigd is van het gebrek in de vergunningverlening zal een verbod tegen het bedrijf niet snel worden opgelegd. Dit kan een belangrijk obstakel zijn vanwege de gebrekkige informatievoorziening rondom de vergunningverlening en de rechtsonzekerheid omtrent de vraag in hoeverre een dergelijke vordering kan worden toegewezen (zie nr. 230). Daarom dient een civiele procedure tegen de Staat waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd dat de vergunning onrechtmatig is verleend voldoende kansrijk te zijn.
- In het kort geding moet aannemelijk worden gemaakt dat de verklaring voor recht – verkregen in de procedure tegen de Staat - ook de handelingen die onder de vergunning zijn toegestaan onrechtmatig maakt. De meest kansrijke grondslag voor een dergelijke vordering is die van schending van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Betoogd zou kunnen worden dat de gedragsnorm die

¹⁹ Hier wordt/is onderzoek naar gedaan door Valentina Azarova voor de International Commission of Jurists. Wellicht dat contact met haar kan worden opgenomen.



impliciet voortvloeit uit het vergunningstelsel doorwerkt in de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. Immers, blijkbaar kunnen de handelingen (het exporteren van wapens) dusdanige impact hebben op onder meer mensenrechten en humanitair recht schendingen dat een vergunningstelsel in het leven is geroepen. In dit vergunningstelsel dient per geval van tevoren toestemming te worden gegeven door middel van een vergunning. Echter, het feit dat de benodigde toets niet naar behoren wordt uitgevoerd betekent niet dat het bedrijf zich niet meer aan de norm hoeft te houden. (zie nrs. 227 e.v.). En de belangenafweging en risicoschatting die de overheid bij de vergunningverlening dient te maken dient ook zelfstandig door het bedrijf te worden gemaakt. Steun voor dit betoog kan worden gevonden in de doorwerking van wettelijke bepalingen in maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen. Zelfs als een wettelijke bepaling niet rechtstreeks van toepassing is, kan het dienen als handvat in het construeren van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm door de civiele rechter. In dit geval zijn de wettelijke bepalingen de regels die getoetst zouden moeten worden in de verlening van de vergunning, meer precies de regels uit het Gemeenschappelijk Standpunt (zie nrs. 227 e.v.).

- Tot slot kijkt een kortgedingrechter naar de belangen die beide partijen hebben bij toe- of afwijzing van de vordering. Deze belangenafweging wordt belangrijker als voor de voorzieningenrechter niet duidelijk is wat de uitkomst in een bodemprocedure tegen het bedrijf zou zijn. De juridische analyse staat voorop en wordt 'aangevuld' door een belangenafweging (zie nrs. 247-248).

Vordering op grond van zelfstandige due diligence verplichtingen

- Beargumenteerde kan worden dat het bedrijf een due diligence verplichting heeft op grond van de UNGPs en de OESO-richtlijnen. De eigen verantwoordelijkheid van het bedrijf staat los van de (wapenexport-)vergunning die is verleend. Dat in lijn is gehandeld met de voorwaarden van de vergunning doet hier niet aan af.
- De due diligence verplichting kan zowel een preventieve als een repressieve maatregel vormen. Preventief in de zin dat als het bedrijf de due diligence verricht, het tot de conclusie zal komen dat er niet aan land A/bedrijf B kan worden geleverd.
- In dit geval zou een kort geding kunnen worden aangespannen waarbij wordt aangevoerd dat een toekomstige onrechtmatige daad dreigt door het niet naleven van deze due diligence verplichting. Uit de zaken die worden besproken in het rapport volgen een aantal onderzoeks- en zorgplichten die de basis zouden kunnen vormen voor een verbodsvordering. Echter, het verdient opmerking dat het hier om zaken gaat waarin de schade al was ingetreden en dus geen verbod werd geëist.
- Indien het om een repressieve maatregel gaat, kan worden betoogd dat als het bedrijf de due diligence zou hebben verricht, het tot de conclusie zou zijn gekomen dat er niet naar land A/bedrijf B geleverd had mogen worden. In dit geval heeft de schade zich als gevolg van de bedrijfsactiviteiten al voorgedaan.
- In beide gevallen wordt de maatschappelijke zorgvuldigheid ex art. 6:162 BW ingevuld aan de hand van deze due diligence verplichting in de vorm van een zorg- en onderzoeksplicht. De grootte van het bedrijf en de kennis en middelen die het bedrijf heeft spelen hierbij een rol.



DEEL I: ONDERBOUWING BEVINDINGEN PROCEDURE TEGEN DE STAAT

Onderzoeks- en deelvragen

Onderzoeksvragen

- 1) Is de civiele rechter in het geval van het onderzoeksscenario bevoegd te oordelen over de vorderingen van PAX/PILP, nu zij (als niet-belanghebbenden) niet-ontvankelijk waren bij de bestuursrechter? Zijn PAX/PILP in dat geval ontvankelijk op grond van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek?
- 2) Welke vorderingen kunnen PAX/PILP indienen tegen de Staat, indien de civiele rechter bevoegd is en zij ontvankelijk zijn op grond van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek, als PAX/PILP een onherroepelijk bestuursbesluit willen aanvechten? Hoe kansrijk zijn deze vorderingen? Kunnen PAX/PILP bij de civiele rechter vorderen dat een onherroepelijk bestuursbesluit buiten werking wordt gesteld door opschorting of vernietiging?

Deelvragen

- 1) Is het mogelijk voor PAX/PILP zich tot de civiele rechter te wenden?
- 2) Zijn er mogelijke obstakels wat betreft de ontvankelijkheidsvereisten van artikel 3:305a BW?
- 3) Indien PAX/PILP toegang hebben tot civiele rechter, welke vorderingen kunnen zij instellen tegen het bestuursbesluit (wapenexportvergunning)?

Aanvullende deelvragen op onderzoeksvraag 2

- 4) Kan een verklaring voor recht gevorderd worden dat de Staat onrechtmatig handelt zonder daar de beoordeling van concrete wapenexportvergunningen bij te betrekken? Aan welke processuele vereisten moet dan worden voldaan en hoe kansrijk is deze route?
- 5) Materieel: de beoordeling van een vordering op basis van een onrechtmatige daad. Kan de overheid onrechtmatig handelen los van de vergunningsverlening en zo ja op welke grondslag?



Bevindingen en onderbouwing per deelvraag

Deelvraag 1: Toegang tot civiele rechter

I. Conclusie

43. PAX/PILP hebben gelet op de ontvankelijkheidsleer (het niet openstaan van een bestuursrechtelijke rechtsgang brengt mee dat de civiele rechter bevoegd is) toegang tot de civiele rechter.

II. Onderbouwing

44. Voor de vraag of PAX/PILP toegang hebben tot de civiele rechter is de ontvankelijkheidsleer bepalend. Deze leer regelt de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuurs- en civiele rechter. Op grond daarvan is de aanvullende rechtsbescherming van de civiele rechter aan de orde wanneer een bijzondere rechtsgang onvoldoende rechtsbescherming biedt²⁰:
*“Soms biedt een bijzondere rechtsgang onvoldoende rechtsbescherming. Nog altijd kan de bestuursrechter bijv. geen bevelen geven ten aanzien van feitelijk overheidshandelen, noch verklaringen voor recht uitspreken. (...) In het oog moet worden gehouden, dat de burgerlijke rechter in deze gevallen weliswaar aanvullende rechtsbescherming biedt, maar tegelijkertijd zo veel mogelijk probeert te voorkomen dat hij een bijzondere rechtsgang doorkruist. Het ontvankelijk verklaren van de eiser in het civiele geding zal met andere worden noodzakelijk moeten zijn om een ‘gat’ in de rechtsbescherming te dichten.”*²¹
45. Dat is ook wat het Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4582 (PAX/PILP) in r.o. 5.9 bepaalt:
“Zoals appellanten hebben erkend in de door hen ingebrachte stukken kunnen zij zich, indien vast staat dat de bestuursrechtelijk weg aan hen niet ter beschikking staat, ingevolge artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek wenden tot de civiele rechter. Daarmee is naar 's Hofs oordeel sprake van effectieve rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter in de zin van de hiervoor genoemde bepalingen.”
46. De uitspraak van het Hof Amsterdam en de ontvankelijkheidsleer laten dus zien dat de gang naar de civiele rechter voor PAX/PILP openstaat.

²⁰ Uit HR 19 juli 2019 ECLI:NL:HR:2019:1278 (Groningse gaswinning-zaak) kan worden afgeleid dat inmiddels iets genuanceerder wordt gedacht over deze scherpe bevoegdheidsverdeling.

²¹ R.J.N. Schlössels, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2019, 790 Ontvankelijkheidsleer; onvoldoende rechtsbescherming bijzondere rechtsgang



Deelvraag 2: Ontvankelijkheidsvereisten art. 3:305a BW, geen obstakel

I. Conclusie

47. De formele ontvankelijkheidsvereisten van art. 3:305a BW lijken geen obstakels mee te brengen.
48. Bovendien voorziet het nieuwe lid 6 (sinds de invoering van de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie sinds 1 januari 2020) van art. 3:305a BW in een lichter regime voor vorderingen met een ideëel doel en een zeer beperkt financieel belang (of wanneer de aard van de vordering van de rechtspersoon of van de personen tot bescherming van wier belangen de rechtsvordering strekt, daartoe aanleiding geeft). Wanneer toepassing wordt gegeven aan deze uitzondering, kan de vordering niet strekken tot schadevergoeding in geld. Dat levert geen probleem op, aangezien PAX/PILP geen schadevergoeding willen vorderen.
49. In aanvulling hierop geldt dat de rechter aan wie de zaak wordt voorgelegd – in dit geval de civiele rechter – bevoegd moet zijn. Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat als een bestuursrechtsgang openstaat, een organisatie niet-ontvankelijk is bij civiele rechter. In dit geval staat die bestuursrechtsgang niet open wat dus betekent dat PAX/PILP bij de civiele rechter ontvankelijk zal zijn/een rechtsvordering kan instellen (zoals ook uit het voorgaande onder 46 volgt).

II. Onderbouwing

II.1 Ontvankelijkheidsvereisten 3:305a BW

50. Om in een collectieve procedure te worden ontvangen moet de belangenorganisatie voldoen aan de ontvankelijkheidsvereisten uit artikel 3:305a BW. De vijf basisvereisten zijn dat:
*“(1) het moet gaan om een stichting of een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid;
(2) met een toereikende statutaire doelomschrijving;
(3) de belangen waarvoor de 305a-organisatie opkomt, moeten gelijksoortig zijn en zich zodoende voor bundeling lenen, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden wordt bevorderd;
(4) de 305a-organisatie in de gegeven omstandigheden voldoende getracht moet hebben het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde partij te bereiken;
(5) de belangen van de personen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld, voldoende gewaarborgd zijn (art. 3:305a lid 2 BW), waaronder tevens wordt begrepen dat de 305a-organisatie voldoende belang moet hebben bij de rechtsvordering (art. 3:303 BW).”²²*
51. Deze vereisten houden het volgende in:

Volledige rechtsbevoegdheid
52. Het eerste (rechtsbevoegdheid) levert in de praktijk weinig problemen op. Van belang is dat PAX/PILP een rechtsvorm bezitten met volledige rechtsbevoegdheid.

²² Rutten, ‘De ontvankelijkheid van de art. 3:305a-organisatie’, *TOP* 2018/4, p. 29.



Toereikende statutaire doelomschrijving

53. De doelomschrijving van de belangenorganisatie dient voldoende concreet te zijn.²³ Verder brengt dit vereiste mee dat de organisatie: (i) ook feitelijk de belangen van de belanghebbenden behartigt; (ii) zoals zij zich volgens de statutaire doelomschrijving ten doel heeft gesteld.²⁴
54. De doelomschrijving van PAX/PILP zal dus voldoende concreet moeten zijn en aan de hand van activiteiten (van voor of na de oprichting) moet worden kunnen aangetoond dat de werkzaamheden ook daadwerkelijk de lading van de doelomschrijving dekken.²⁵ Uit de jurisprudentie blijkt dat al snel aan dit vereiste is voldaan.²⁶ Dit zal dan ook geen obstakel opleveren.

Bundeling belangen

55. Het derde vereiste vergt dat met de collectieve actie een efficiënte en effectieve rechtsbescherming wordt gediend. De belangen van de achterban mogen niet te veel verschillen in de zin dat het mogelijk moet zijn om daar in een procedure over te kunnen oordelen. Indien eerder collectieve acties over hetzelfde onderwerp (belangen) zijn gevoerd of nog lopen, is de toets of deze actie aanvullende rechtsbescherming biedt.²⁷ Gelet op de belangen waarvoor wordt opgekomen, levert dit vereiste naar ons idee geen probleem op. PAX/PILP komen immers op voor een algemeen belang en niet voor de belangen van specifieke individuen. Om die reden kan er ook geen sprake zijn van te ver uiteenlopende individuele belangen.

Overlegvereiste

56. Hoewel uit de jurisprudentie volgt dat dit vereiste niet meer dan een formaliteit is²⁸, is het wel van belang dat PILP/PAX hieraan voldoen. Aan het overlegvereiste worden geen strenge eisen gesteld. Zo zal een brief naar de overheid om voorafgaand aan de procedure eerst overleg te vragen, volstaan. Een termijnstelling van twee weken na de ontvangst door de Staat van een verzoek tot overleg, is voldoende.²⁹

Belangen voldoende gewaarborgd incl. voldoende belang

57. Het vijfde vereiste brengt mee dat belangen van de achterban voldoende zijn gewaarborgd om belangenbehartigers met onzuivere motieven (zgn. commerciële belangenbehartigers) te weren. De toets hiervoor wordt aangelegd is: (i) of de betrokkenen uiteindelijk baat bij de collectieve actie hebben indien het gevorderde wordt toegewezen; en (ii) of de 305a-organisatie over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de procedure te voeren.³⁰ Wij schatten in dat dit vereiste geen problemen zal opwerpen voor PAX/PILP aangezien niet getwijfeld zal worden over onzuivere motieven om deze procedure te voeren.

²³ SDU Commentaar op art. 3:305a BW, C.1.3; ECLI:NL:RBAMS:2014:818.

²⁴ Rutten, 'De ontvankelijkheid van de art. 3:305a-organisatie', *TOP* 2018/4, p. 30.

²⁵ Kamerstukken II, 1991-1992, 22 486, nr. 3 (MvT), p. 20-21.

²⁶ Rutten, 'De ontvankelijkheid van de art. 3:305a-organisatie', *TOP* 2018/4, p. 30.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem, p. 29; SDU Commentaar op art. 3:305a BW, C.2.

²⁹ Artikel 3:305a lid 3 sub c BW.

³⁰ Rutten, 'De ontvankelijkheid van de art. 3:305a-organisatie', *TOP* 2018/4, p. 32.



58. Onder dit vereiste wordt echter ook begrepen dat de belangenorganisatie voldoende belang (art. 3:303 BW) bij de vordering heeft. Uit de zaak Shell/Milieudefensie blijkt dat in dit verband niet getoetst zal worden aan de representativiteit van de belangenorganisatie wanneer het een ideële organisatie betreft:

“Terzijde wordt er nog op gewezen dat de hier bedoelde voorwaarde van het voldoende gewaarborgd zijn van de belangen van de vertegenwoordigde personen in de plaats is gekomen van een aanvankelijk voorgestelde representativiteitseis, aan welke eis ideële organisaties en milieu- en dierenwelzijnsorganisaties in dat voorstel niet behoefden te voldoen; niet aannemelijk is dat de zienswijze op dat punt is gewijzigd.”³¹

Dit vereiste zal dus geen obstakel opleveren voor PAX/PILP.

II.2 Aanvullende vereisten WAMCA

59. In aanvulling hierop stelt de Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie (WAMCA) sinds 1 januari 2020 aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten. Het gaat hoofdzakelijk om een aanscherping van governance en representativiteit.³² Zo vereist artikel 3:305 lid 2 BW dat de belangenorganisatie ervoor zorgt dat deze belangen voldoende zijn gewaarborgd, wat inhoudt dat:

De organisatie moet voldoende representatief zijn gelet op de achterban en de omvang van de vertegenwoordigde individuele vorderingen, en moet beschikken over:

- een toezichthoudend orgaan;
- passende en doeltreffende interne besluitvormingsmechanismen die de achterban een stem geven;
- voldoende middelen om de kosten van de procedure te dragen;
- een goed toegankelijke internetpagina met informatie over statuten, bestuursstructuur, bestuurs- en toezichtsverslagen, bezoldiging van bestuur en toezichthouders, nieuwsberichten over voortgang, inzicht in de berekening van de bijdragen die eventueel worden gevraagd van aangesloten en inzicht in hoe men zich kan aansluiten en kan opstappen;
- voldoende ervaring en deskundigheid ten aanzien van het voeren van collectieve vorderingen.

60. Daarnaast vereist art. 3:305a lid 3 BW:
- dat de bestuurders betrokken bij de oprichting van de rechtspersoon en hun opvolgers geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben dat via de rechtspersoon wordt gerealiseerd;
 - dat de vordering voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft;
 - dat voldoende is getracht om door middel van overleg tot een vergelijk te komen (hiervoor onder ‘56 overlegvereiste’ besproken);
 - dat een bestuursverslag en jaarrekening zijn opgemaakt en op de website zijn gepubliceerd.

II.3 Lichter regime (vordering met ideëel doel)

61. De WAMCA voorziet echter ook in een lichter ontvankelijkheidsregime (art. 3:305a lid 6 BW).³³ Met toepassing hiervan hoeft ‘slechts’ gewaarborgd te zijn dat de bestuurders betrokken bij de

³¹ Hof Den Haag 18-12-2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586, r.o. 4.4.

³² Van Boom, WCA → WCAM → WAMCA, Tijdschrift Consumentenrecht en handelspraktijken 2019/4, p. 157.

³³ Er is één regime voor collectieve acties op grond van artikel 3:305a BW, dus dit artikel en lid zijn van toepassing ongeacht of de vordering strekt tot schadevergoeding in geld of niet.



oprichting van de rechtspersoon en hun opvolgers geen rechtstreeks of middellijk winstoogmerk hebben en dat de vordering voldoende nauwe band met de Nederlandse rechtssfeer heeft. Dit is enkel mogelijk indien de vordering: (1) is ingesteld met een ideëel doel én een zeer beperkt financieel belang betreft; of (2) wanneer de aard van de vordering van de stichting of vereniging dan wel van de personen tot bescherming van wier belangen de vordering strekt, daartoe aanleiding geeft. Dit regime kan enkel worden ingeroepen indien de vordering geen schadevergoeding betreft. Een verklaring voor recht, gebod of verbod is dus wel mogelijk.³⁴ Aangezien PAX/PILP geen baat heeft bij een schadevergoedingsactie lijkt toepassing van lid 6 geen probleem.

62. Deze aangescherpte ontvankelijkheidsvereisten zullen dus gelet op lid 6 slechts in mindere mate voor PAX/PILP gelden. Het gaat immers om een vordering met een ideëel doel. Ook dit lijkt dus geen obstakels mee te brengen.

II.4 Aanvullend vereiste: bevoegdheid civiele rechter

63. In aanvulling op de formele ontvankelijkheidsvereisten van art. 3:305a BW speelt de bevoegdheid van de rechter een rol.³⁵ Volgens vaste rechtspraak van de HR staat de gang naar de civiele rechter niet open indien er een bestuursrechtgang openstaat. Dit geldt ook voor collectieve acties.³⁶ Verruimingen van deze vaste rechtspraak van de HR door lagere rechters wordt in de literatuur als onjuist beschouwd.³⁷
64. Wel wordt aangenomen dat een (directe) artikel 305a BW-actie bij de burgerlijke rechter mogelijk is indien (nog) onzeker is of een gang naar de bestuursrechter openstaat.³⁸
65. In samenhang met het voorgaande onder deelvraag 1 'toegang tot de civiele rechter' is duidelijk dat PAX/PILP ontvankelijk zijn bij de civiele rechter.

Deelvraag 3: Mogelijke vorderingen bij de civiele rechter

I. Conclusie

66. Voor de vraag welke vorderingen mogelijk zijn bij de civiele rechter is van belang dat het gaat om een appellabel besluit. Om die reden moet rekening gehouden worden met eventuele formele rechtskracht. Het gevolg van formele rechtskracht is dat de burgerlijke rechter zich niet meer over het besluit buigt en de werking van de vergunning niet aantast, maar hooguit schadevergoeding toekent.

³⁴ Van Boom, WCA → WCAM → WAMCA, Tijdschrift Consumentenrecht en handelspraktijken 2019/4, p. 157.

³⁵ Rutten & Hurenkamp, 'Openstaan van een bestuursrechtelijke rechtsgang', Geschriften vanwege Corporate Litigation 2017-2018.

³⁶ Idem; HR 9 juli 2010, NJ 2012/241 (*Staat/Vreemdelingenorganisaties*); HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1049 (*Universiteiten/SCAU*).

³⁷ Rutten & Hurenkamp, 'Openstaan van een bestuursrechtelijke rechtsgang', Geschriften vanwege Corporate Litigation 2017-2018.

³⁸ Idem; rb. Den Haag 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4800 (*Milieudefensie en Adem/Staat*).



67. Van belang is dat PAX/PILP, volgens de uitspraak uit 2017 van het Gerechtshof Amsterdam,³⁹ geen belanghebbenden zijn bij het bestuursbesluit, waardoor de formele rechtskracht niet aan hen kan worden tegengeworpen. Dat betekent dat het besluit (de vergunning) op rechtmatigheid kan worden getoetst door de burgerlijke rechter. Dat betekent echter niet zonder meer dat de werking van een besluit door de civiele rechter zal worden aangetast. Dit blijkt niet uit de literatuur (althans, wij hebben dat niet kunnen vinden) en hier zijn geen voorbeelden van in de rechtspraak. Ortlep merkt daarover in zijn dissertatie op dat er eenstemmigheid is in de literatuur ‘dat de gewone rechter een stabiele beschikking niet aantast maar bijvoorbeeld enkel constateert dat zij onrechtmatig is.’⁴⁰
68. In ieder geval zou de civiele rechter het besluit op rechtmatigheid kunnen toetsen. De vraag is echter of het kunnen voorleggen van de rechtmatigheidsvraag, ook betekent dat de rechter bereid/bevoegd is de werking daarvan aan te tasten of dat alleen schadevergoeding mogelijk is terwijl het onrechtmatige besluit in stand blijft. Wel kan sprake zijn van reflexwerking: als het besluit onrechtmatig wordt bevonden, kan de reflex zijn dat het bestuursorgaan het besluit intrekt. Daarbij moet worden opgemerkt dat aantasting van het besluit dan altijd een discretionaire bevoegdheid blijft van het bestuursorgaan.
69. In ieder geval zou in een civiele procedure een verklaring voor recht gevorderd kunnen worden dat de vergunning onrechtmatig is. Die verklaring voor recht zou kunnen helpen in de procedure tegen het bedrijf, bijvoorbeeld om aan te tonen dat de overeenkomst in strijd is met de openbare orde en geen uitvoering mag worden gegeven aan de overeenkomst.

II. Onderbouwing

II.1 Opkomen tegen appellabele besluiten

70. Het overheidsaansprakelijkheidsrecht valt door de komst van de bestuursrechter uiteen in:
(1) het ‘besluitenaansprakelijkheidsrecht’ dat ziet op de aansprakelijkheid voor appellabele besluiten; en
(2) de aansprakelijkheid voor overheidshandelen waarvoor geen bijzondere rechtsgang openstaat, bijvoorbeeld feitelijke handelingen of algemeen verbindende voorschriften.
71. Het onderscheid is van procesrechtelijk belang voor de vraag wat bij welke rechter kan worden gevorderd.⁴¹ Voor PAX/PILP moet gekeken worden naar het besluitenaansprakelijkheidsrecht, de vergunning is immers een appellabel besluit.
72. Voor appellabele besluiten geldt, zoals volgt uit de Algemene Wet Bestuursrecht, dat – indien de gang naar de bestuursrechter open staat – de burgerlijke rechter zich hier in beginsel niet over de inhoud van het besluit buigt, dat wil zeggen de rechtmatigheid toetst. In de literatuur wordt dit als volgt uitgelegd:

³⁹ Gerechtshof Amsterdam, 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4582, r.o. 5.6.

⁴⁰ R. Ortlep, De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke bestuursvaststellingen in het licht van het Unierecht (diss.), Utrecht University 2011, p. 240-241.

⁴¹ R.J.N. Schlössels, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2019, 971 Algemeen



“Van appellabele besluiten beoordeelt de burgerlijke rechter niet zelf de rechtmatigheid. Dit moet in het bestuursrechtelijke traject gebeuren. De burgerlijke rechter wil voorkomen dat hij de bestuursrechtelijke rechtsbeschermingskolom ondergraaft. Dit begrijpelijke streven heeft het besluitenaansprakelijkheidsrecht echter opgezadeld met ingewikkelde leerstukken als de formele rechtskrachtsleer en de oneigenlijke formele rechtskracht. In het besluitenaansprakelijkheidsrecht gaat onevenredig veel aandacht uit naar zulke rechtsmachtswesties.

Bovendien kunnen er ten aanzien van appellabele besluiten bij de burgerlijke rechter in beginsel geen vorderingen worden ingesteld die de ‘werking’ van een appellabel besluit ondergraven. Over de werking van appellabele besluiten gaat immers de bestuursrechter. Wie bij de burgerlijke rechter de ongeldigverklaring of onverbindendverklaring van een beschikking vordert, of een rechterlijk bevel vordert dat de feitelijke uitvoering van een geldig appellabel besluit zou doorkruisen, krijgt nul op het rekest. Op dit terrein is het overheidsaansprakelijkheidsrecht dan ook zuiver aansprakelijkheidsrecht: als (en slechts dan als) in de bestuursrechtelijke kolom de onrechtmatigheid van een besluit is vastgesteld, kan de burgerlijke rechter uitsluitend schadevergoeding toekennen (en blijven andere uitspraakbevoegdheden buiten beeld).”⁴²

73. Hieruit volgt dat alleen een schadevergoedingsactie kansrijk is, hoewel het succes van andere vorderingen niet volledig is uitgesloten. Nu in het onderzoeksscenario het besluit tot het verlenen van de vergunning niet door de bestuursrechter is getoetst en PAX/PILP geen belanghebbenden zijn, is de leer van de formele rechtskracht niet van toepassing. Hoewel we hiervan in de literatuur noch in de rechtspraak voorbeelden hebben kunnen vinden, is het in theorie mogelijk dat de civiele rechter om die reden bereid zal zijn de werking van het onrechtmatig besluit aan te tasten.

II.2 Formele rechtskracht

74. Om het bestaansrecht en de functie van de bestuursrechter niet te ondermijnen, is de formele rechtskrachtleer geïntroduceerd in HR 16 mei 1986, NJ 1986, 723 (Heesch/Van de Akker). Het beginsel van de formele rechtskracht van appellabele besluiten wordt als volgt uitgelegd:

“Als een belanghebbende geen beroep tegen een besluit heeft ingesteld, of als beroep geen succes heeft gehad, dan wordt het betrokken besluit onaantastbaar. Er staan dan geen bestuursrechtelijke rechtsmiddelen meer tegen dat besluit open. (...) Het besluit geldt dan definitief, en bovendien wordt het tegenover belanghebbenden voor rechtmatig gehouden.”⁴³

75. Als uitzondering op het beginsel van formele rechtskracht geldt dat personen die bestuursrechtelijk gezien geen belanghebbenden zijn bij een appellabel besluit, maar door het besluit wel in hun belangen worden geraakt, dat besluit door de burgerlijke rechter kunnen laten toetsen.⁴⁴ Aangezien PAX/PILP geen belanghebbenden zijn bij het besluit (de vergunning) in de

⁴² R.J.N. Schlössels, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2019, 971 Algemeen.

⁴³ Idem, 973 Het leerstuk van de formele rechtskracht.

⁴⁴ Idem, 9777 Formele rechtskracht: uitzonderingen.



zin van het Douanewetboek van de Unie, is toetsing van het besluit dus wel mogelijk. Dit wordt in het volgende citaat verduidelijkt:

“De formele rechtskrachtleer leidt uitsluitend tot de conclusie dat een onaantastbaar geworden besluit rechtmatig is tegenover iemand die tegen dat besluit bestuursrechtelijke rechtsmiddelen kon inzetten. Dit is relevant voor personen die (op onrechtmatige wijze) nadeel ondervinden van een besluit waarbij zij bestuursrechtelijk gezien geen belanghebbende zijn. Tegenover hen toetst de burgerlijke rechter wél zelfstandig de rechtmatigheid van een appellabel besluit. Zou de burgerlijke rechter dat weigeren, dan zou een dergelijke persoon ten aanzien van dit besluit immers verstoken zijn van rechtsbescherming – een situatie die in strijd is met het rechtsstaatsbeginsel en die doorgaans ook botst met art. 6 EVRM.”⁴⁵

76. Dat betekent dus dat de formele rechtskracht niet met succes aan PAX/PILP kan worden tegengeworpen en het besluit ten aanzien van hen dus niet vanzelfsprekend als rechtmatig wordt gehouden. Het besluit kan daardoor wel door de civiele rechter getoetst worden. Het blijft alleen onduidelijk of de rechter – na vaststelling van de onrechtmatigheid van het besluit – ook de werking daarvan kan aantasten.

II.3 Rechtspraak vorderingen (formele rechtskracht en niet-belanghebbenden)

77. Uit de rechtspraak blijkt dat de burgerlijke rechter in beginsel niet bereid is om een onherroepelijk besluit aan te tasten, in die zin dat daaraan de werking (tijdelijk) wordt ontnomen. Dat betekent dat een gang naar de burgerlijke rechter zinvol is als de eisende partij uit is op een schadevergoeding, maar dat het de vraag is of vorderingen om te voorkomen dat uitvoering wordt gegeven aan een verleende vergunning kans van slagen hebben.
78. Nu het aan geen andere partij dan aan de aanvrager van de vergunning open staat om op te komen tegen de vergunningverlening, komt de vraag op of hiermee naar Europese maatstaven voldoende rechtsbescherming wordt geboden. De vraag is dan of de wijze waarop de Nederlandse bestuursrechter het belanghebbende-begrip uit het Douanewetboek van de Unie heeft uitgelegd, voldoende ruim is. Hiernaar is nader onderzoek nodig.

Nationale jurisprudentie

1) HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4548, NJ 2006/271, r.o. 3.4.2

Uit deze uitspraak volgt dat een vordering tot ongeldigverklaring of onverbindendverklaring van een besluit bij de burgerlijke rechter strandt, tenzij:

“... [voor] het geval dat het door de inspecteur ingenomen standpunt onmiskenbaar onjuist of zonder grond is (zie HR 27 oktober 2000, nr. C99/009, NJ 2001, 106). Het gesloten stelsel van rechtsbescherming in het belastingrecht biedt X. en Abacus niet de mogelijkheid bij de belastingrechter een verklaring voor recht als door hen gevorderd te verkrijgen, hoe groot hun financiële belang — een argument dat door menige belastingplichtige zou kunnen worden aangevoerd — daarbij ook moge zijn.”

⁴⁵ R.J.N. Schlössels, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2019, 981 Vierde uitzondering; In dezelfde zin: GS Onrechtmatige daad, 101 Tegenover wie geldt de formele rechtskracht?.



2) **Rb 's Hertogenbosch 16 december 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BK9665, r.o. 4.5**

Oordeel van de rechtbank dat het vorderen van een rechterlijk bevel dat de feitelijke uitvoering van een *geldig* appellabel besluit zou doorkruisen strandt:

“4.5.

Naar het oordeel van de rechtbank kan de vordering voor zover deze strekt tot nakoming van de overeenkomst echter niet worden toegewezen. Toewijzing van de vordering tot nakoming zou immers moeten leiden tot intrekking/wijziging van het verkeersbesluit van 18 mei 2009. Het besluit daartoe is voorbehouden aan het bevoegde bestuursorgaan en onderworpen aan de bestuursrechtelijke rechtsgang. Met dit stelsel is niet te verenigen, dat de burgerlijke rechter, met voorbijgaan aan die bestuursrechtelijke procedure, de Gemeente verplicht het verkeersbesluit in te trekken en te vervangen door een verkeersbesluit dat in overeenstemming is met de overeenkomst (vgl. HR 11 november 2005, NJ 2006, 256).”

3) **HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1710, NJ 2006/256 (van den Hurk)**

Met de mogelijkheid tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding op grond van een onrechtmatige overheidsdaad is de bescherming die voortvloeit uit artikel 6 EVRM voldoende gewaarborgd.

“3.3.

Weliswaar kan Jaspers op grond van art. 6 EVRM aanspraak erop maken dat de afwijzende beslissing van de minister wordt getoetst door een 'independent tribunal' en weliswaar kon hij zich daartoe, omdat het CBB geen 'independent tribunal' was, tot de burgerlijke rechter als restrechter wenden, maar dit betekent niet dat de burgerlijke rechter op vordering van Jaspers een aanspraak van Jaspers op een extra hoeveelheid heffingvrije melk kan erkennen en het doen registreren ervan kan bevelen, zoals Jaspers in zijn vermeerderde vordering vraagt. Daarmee zou de burgerlijke rechter in feite de beslissing nemen die ingevolge de Bsh aan de directeur c.q. de minister is en zulks dan bovendien nog met voorbijgaan aan de procedurevoorschriften van de Bsh. Dit wordt door art. 6 EVRM niet gerechtvaardigd. Het belang dat dit artikel beoogt te beschermen is voldoende gediend met de mogelijkheid tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad.

3.4.2.

Bij de beoordeling van onderdeel A wordt vooropgesteld dat het hof — terecht en in cassatie niet bestreden — heeft geoordeeld dat uit de Bsh voor Jaspers niet rechtstreeks een aanspraak op een extra melkquotum als bedoeld in art. 11 Bsh voortvloeit. Voor het ontstaan van een dergelijke aanspraak op extra melkquotum is vereist dat een daartoe strekkend verzoek wordt gedaan en dat daarop door de directeur (dan wel na indiening van een bezwaarschrift, door de minister) een toewijzende beschikking wordt gegeven. Voor het ontstaan van de aanspraak is dus een besluit van het daartoe bevoegde bestuursorgaan noodzakelijk, genomen na het volgen van de daartoe voorgeschreven bestuursrechtelijke procedure. Met dit stelsel is niet te verenigen dat de burgerlijke rechter, met voorbijgaan aan die bestuursrechtelijke procedure, zelfstandig vaststelt dat de aanspraak op een melkquotum uit de wet voortvloeit en dienovereenkomstig een bevel geeft dat quotum toe te kennen en te doen registreren, zoals Jaspers met zijn vermeerderde vordering beoogt. Met betrekking tot een dergelijke vordering verzet de aard van de betrokken



rechtsverhouding zich dus tegen overeenkomstige toepassing van art. 3:296 BW buiten het vermogensrecht.”

4) **HR 3 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU3253, JB 2006/69 m. nt. R.J.N. Schlössels (Stichting The European Club Support Foundation-Rijnmond)**

SFR eist in een civiele procedure een verklaring voor recht dat het intrekken van de subsidie door RBA jegens SFR onrechtmatig was. SFR was begunstigde van het in eerste instantie toegekende subsidiebedrag, maar in het bestuursrechtelijke traject geen belanghebbende bij het intrekkingbesluit dat volgde op een subsidieverlening.

Over formele rechtskracht appellabel besluit jegens niet-belanghebbende:

“3.3.2.

De eisen van een doeltreffende rechtsbescherming van de burger tegen de overheid laten niet toe, ook niet met het oog op het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken, dat de formele rechtskracht van het desbetreffende besluit evenzeer zou gelden indien de bestuursrechter weliswaar reeds over de rechtmatigheid van het besluit heeft geoordeeld, maar dit is gebeurd in een procedure waaraan de eerdergenoemde partij bij gebreke van het rechtens vereiste belang niet heeft kunnen deelnemen. Het nochtans ten nadele van die partij aannemen van formele rechtskracht van het besluit in een dergelijk geval zou, gelijk het hof terecht in r.o. 6 van zijn eindarrest tot uitdrukking heeft gebracht, tot het niet aanvaardbare gevolg leiden dat de genoemde partij zelf de grondslag van haar vordering noch door de bestuursrechter noch door de burgerlijke rechter zou kunnen laten beoordelen. Het hof heeft dus terecht een zelfstandig oordeel gegeven over de rechtmatigheid van het intrekkingbesluit. Het heeft dit besluit jegens SFR onrechtmatig geoordeeld.”

Over onrechtmatigheid besluit:

“3.3.3.

Dit betoog is in zijn algemeenheid onjuist omdat de rechtsbescherming waarop de niet direct-belanghebbende in dit verband aanspraak heeft, in beginsel meebrengt dat deze zelf voor de onafhankelijke rechter in een met voldoende waarborgen omklede procedure kan opkomen voor zijn rechten en belangen. De Staat heeft in dit geding geen feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan op dat beginsel in dit geval voor SFR een uitzondering zou kunnen en moeten worden gemaakt.

Het hof heeft dus terecht een zelfstandig oordeel gegeven over de rechtmatigheid van het intrekkingbesluit.”

Noot Schlössels:

“Ik ben echter benieuwd naar de procedurele mogelijkheden van een zodanige “belanghebbende” in de sfeer van het ordenende bestuursrecht. Hier kan de inzet zijn het verkrijgen van een verklaring voor recht dat het verlenen van een vergunning – die inmiddels formele rechtskracht heeft verkregen – onrechtmatig jegens deze “belanghebbende” is. Ook dan is schadevergoeding natuurlijk een optie. Maar effent een verkregen verklaring ook de weg voor een verbod ten opzichte van de vergunninghouder om gebruik te maken van zijn vergunning of zelfs een gebod aan de overheid tot intrekking (dit laatste lijkt mij problematisch omdat een



zodanig gebod het hart van de rechtskracht van het besluit raakt)? Vele andere complicaties zijn denkbaar die ik in het bestek van deze noot niet kan aanstippen.”

5) **HR 23 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AX3070, AB 2009/30 m. nt. B.P.M. van Ravels (Van Suchtelen / De Nederlandse Bank NV)**

Voor personen die op onrechtmatige wijze nadeel ondervinden van een besluit waarbij zij bestuursrechtelijk geen belanghebbende zijn, toetst de burgerlijke rechter wél zelfstandig de rechtmatigheid van een appellabel besluit.

Noot Ravels

“7.

De eisen van een doeltreffende rechtsbescherming laten niet toe dat de formele rechtskracht van een besluit aan de niet-belanghebbende benadeelde kan worden tegengeworpen. Het ten nadeel van de niet-belanghebbende benadeelde aannemen van formele rechtskracht van het besluit zou tot het – mede in het licht van art. 6 EVRM – niet aanvaardbare gevolg leiden dat deze persoon zelf de grondslag van zijn vordering noch door de bestuursrechter noch door de burgerlijke rechter zou kunnen laten beoordelen. Deze beperking van de regel van de formele rechtskracht speelt in dit arrest een belangrijke rol.

(...)

Daarnaast acht de Hoge Raad als bijzondere omstandigheid van belang 'dat dit rechtsmiddel alsnog ter beschikking kwam op een moment waarop een voldongen feit was ontstaan als gevolg waarvan hij niet meer in ongedaanmaking van dat besluit was geïnteresseerd, maar nog slechts in schadevergoeding'. Dit is een nogal opmerkelijke overweging. Zij berust immers op een onderscheid tussen het vernietigingsberoep en de vordering strekkende tot schadevergoeding, dat in eerdere rechtspraak van de Hoge Raad verworpen leek te worden (HR 26 februari 1988, AB 1989, 90 m.nt. F.A. van Bakelen en 6 december 2002, AB 2004, 17 m.nt. PvB). Dit onderscheid heeft althans tot nog toe geen rol gespeeld in de overwegingen van de Hoge Raad betreffende de toepassing van de leer van de formele rechtskracht. Het is echter wel een van de belangrijkste argumenten die in de (hiervoor genoemde) literatuur naar voren worden gebracht tegen hantering van de leer van de formele rechtskracht ten aanzien van alle besluiten.”

6) **HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (Gaswinning Groningen)**

De HR beantwoordt prejudiciële vragen over de gaswinning in Groningen. Onder andere staat ter discussie of de formele rechtskracht van besluiten aan aansprakelijkheidstelling in de weg staat. De HR zegt dat dit niet het geval is en herhaalt ook de uitzondering voor niet-belanghebbenden op de formele rechtskracht:

“2.8.3

De formele rechtskracht van een besluit staat eraan in de weg dat de burgerlijke rechter onrechtmatigheid van het besluit aan zijn beslissing ten grondslag legt indien dat besluit niet is vernietigd door de bestuursrechter dan wel niet door het bestuursorgaan is ingetrokken of herroepen. Dat betekent dat indien eiser niet de onrechtmatigheid van een besluit aan zijn vordering ten grondslag legt, voor de burgerlijke rechter geen beletsel bestaat om over de grondslag van de vordering te oordelen. Dat geldt ook als zijn oordeel terzake zou impliceren dat een besluit waaraan formele rechtskracht toekomt, onjuist is of gebrekkig tot stand is gekomen.



(...)

2.8.7

Overigens verdient nog opmerking dat indien een omwonende ten tijde van het betrokken instemmingsbesluit nog niet boven het Groningenveld woonde, de formele rechtskracht van dat besluit hem in het geheel niet kan worden tegengeworpen, nu hij niet de mogelijkheid had om tegen dat besluit op te komen bij de bestuursrechter omdat hij toen geen belanghebbende was.

(...)

Antwoord op vraag 4

2.8.8

Het antwoord op de vierde prejudiciële vraag luidt dat de formele rechtskracht van instemmingsbesluiten in zaken als de onderhavige, op de gronden hiervoor vermeld in 2.8.4-2.8.7, niet aan aansprakelijkheid van de Staat in de weg staat.”

Uit deze zaak kan eveneens worden afgeleid dat inmiddels iets genuanceerder wordt gedacht over de scherpe bevoegdheidsverdeling tussen de bestuursrechter en civiele rechter.

Jurisprudentie aangaande EU-recht

Het Hof van Justitie hecht groot belang aan rechtszekerheid. Toch zegt het Hof in onderstaande uitspraken dat het onder zeer specifieke omstandigheden zo kan zijn dat een bestuursorgaan een onherroepelijk besluit moet heroverwegen.

7) HvJEU 13 januari 2004, zaak C-453/00, ECLI:EU:C:2004:17 (Kuhne & Heitz)

In deze zaak benadrukt het Hof het grote belang dat gehecht wordt aan het beginsel van rechtszekerheid. Echter, als naar nationaal recht een *bevoegdheid* bestaat tot heroverweging kan het beginsel van loyale samenwerking meebrengen dat een besluit onder omstandigheden toch moet worden heroverwogen:

- een besluit definitief is na een uitspraak van een hoogste nationale bestuursrechter;
- deze uitspraak gelet op *latere jurisprudentie* van het Hof het Unierecht schond;
- de bestuursrechter geen prejudiciële vragen heeft gesteld;
- het Unierechtelijke geschilpunt destijds door partijen is aangevoerd (of ambtshalve beoordeeld had kunnen worden) (par. 28).

8) HvJ EG 24-03-2009, ECLI:EU:C:2009:178 (Danske Slagterier):

Deze zaak biedt misschien ruimte. Zoals auteur Schlössels verwoordt:

“(…) zou kunnen betekenen dat in gevallen waarin het instellen van een rechtsmiddel tegen een besluit evident kansloos was - omdat de nationale rechter vergelijkbare besluiten in eerdere gevallen categorisch in stand liet - het strikt vasthouden aan de formele rechtskrachtleer (althans aan de rechtmatigheid van het onaantastbare besluit) op Unierechtelijke grenzen zou kunnen stuiten.”⁴⁶

9) HvJEU 4 oktober 2012, zaak C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608 (Byankov):

Indien een in rechte onaantastbaar geworden besluit later in strijd blijkt met het Unierecht, kan

⁴⁶ Schlössels, Schutgens & Zeilstra, Rechtsbescherming Overheidsaansprakelijkheid, p. 998.



onder omstandigheden een bestuursorgaan gehouden zijn om dat besluit te heroverwegen. Indien de schending van het Unierecht kennelijk, absoluut en voor onbepaalde tijd is, is het ontbreken van een mogelijkheid om dat besluit te heroverwegen niet te rechtvaardigen door een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel.⁴⁷

II.4 Verklaring voor recht: mogelijkheden en kansrijkheid

79. Het zal niet eenvoudig worden om een vordering die strekt tot de verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig handelt door een vergunning te verlenen, toegewezen te krijgen. Toch loont het de moeite om deze vordering aan de civiele rechter voor te leggen, want aanknopingspunten zijn er wel degelijk. In dit onderzoek is uitgegaan van een onderzoeksscenario maar met concrete feiten en omstandigheden kan dit verder onderbouwd worden.
80. Artikel 6 EVRM beschermt het recht op een eerlijk proces. Het EHRM interpreteert doorgaans artikel 6 lid 1 ook zo dat toegang tot de rechter hier onder valt.⁴⁸ Zoals eerder geconcludeerd (zie randnummers 7 en 43-46), is die toegang tot de rechter voor PAX/PILP gewaarborgd aangezien de civiele rechter bevoegd is wanneer PAX/PILP de rechtmatigheid van een verleende vergunning willen aanvechten.
81. Tegelijkertijd constateerden wij dat het niet waarschijnlijk is dat de rechter na het onrechtmatig bevinden van de vergunning, de werking daaraan zal ontnemen. In het onderzoeksscenario kan de vraag gesteld worden of daarmee ook sprake is van een daadwerkelijk rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM, of een doeltreffende voorziening in rechte in de zin van artikel 47 Handvest van de grondrechten van de EU, dat van toepassing is omdat wapenexport binnen het toepassingsbereik van het Unierecht valt, nu daarop onder meer Verordening 428/2009/EG en het Gemeenschappelijk Standpunt van toepassing zijn.
82. In sommige gevallen zal de burgerlijke rechter wel voor recht verklaren dat het besluit (in het onderzoeksscenario: de verlening van de vergunning) onrechtmatig was en daaraan ook een schadevergoedingsplicht willen verbinden. Wij hebben echter geen voorbeelden gevonden waarin de rechter het besluit daarnaast opschortte of zelfs buiten werking stelde. PAX/PILP heeft geen belang bij schadevergoeding. Wel kan de verklaring voor recht dat het besluit onrechtmatig was zinvol zijn voor campagnedoelinden. Maar het beoogde doel, het voorkomen van de wapenexport, wordt hiermee niet behaald.
83. Het is mogelijk om niet (uitsluitend) het appellabele besluit van de overheid, de vergunningverlening, aan de burgerlijke rechter voor te leggen, maar in bredere zin een verklaring van recht te vorderen dat het verlenen van wapenexportvergunningen aan een bepaald conflictgebied onrechtmatig is. De Staat wordt dan aangesproken op haar beleid en niet op het individuele besluit. Het gevolg van de toewijzing van die vordering zou zijn dat het betrokken beleid niet in stand kan blijven. Dat zou eventueel extra kracht kunnen worden bijgezet door het vorderen van een condemnatoir vonnis dat de Staat verbiedt langer mee te werken aan exportvergunningen naar een bepaald gebied, dan wel de Staat gebiedt regelgeving

⁴⁷ Zie par. 65-82.

⁴⁸ L. Roorda, 'Toegang tot de rechter in IMVO-zaken: een mensenrechtelijk perspectief', *NTM/NJCM-bulletin 2018/1*, jrg 43, p. 53.



uit te vaardigen die wapenexport naar dat gebied verbiedt. De individuele afwegingen betrokken bij een specifieke vergunningverlening spelen in de procedure dan geen directe rol. Op de kansrijkheid van een dergelijke vordering wordt hierna verder ingegaan.

II.5 De verklaring voor recht: ontvankelijkheid

De verklaring voor recht als op zichzelf staande vordering

84. In 1951 overwoog de Hoge Raad dat de eiser onder bijzondere omstandigheden mag volstaan met een vordering die strekt tot een verklaring voor recht. ‘Dat (is) slechts toelaatbaar, indien de eiser belang erbij heeft, dat zodanige de wederpartij bindende verklaring reeds dadelijk door den rechter wordt gegeven’.⁴⁹ De civiele rechter dient ambtshalve te toetsen of een dergelijk belang aanwezig is. Een verklaring voor recht diende dus in beginsel vergezeld te gaan van een vordering tot een veroordeling. De vraag leeft bij auteurs of dat vereiste nog steeds geldt.
85. A-G Spier veronderstelt in zijn noot bij een uitspraak uit 2015 dat de belangrijkste grond voor deze leer is dat voorkomen moet worden dat deelnemers aan het rechtsverkeer kunnen worden lastig gevallen met vorderingen waarbij de eisende partij geen redelijk belang heeft.⁵⁰ Toch is onverkort vasthouden aan de leer van de Hoge Raad uit 1951 volgens Spier niet heilzaam, met uitzondering van de gevallen ‘waarin zelfs met goede wil niet valt te bevroeden wat de diepere zin is van een gevorderde kale verklaring voor recht’.⁵¹ De Hoge Raad kwam dan ook terug van het oordeel uit 1951: ‘Indien een verklaring voor recht wordt gevorderd dat aansprakelijkheid bestaat voor schade, dient de rechter ervan uit te gaan dat eiser daarbij belang heeft als de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Dat geldt ook als niet tevens een veroordeling tot schadevergoeding of tot verwijzing naar de schadestaatprocedure wordt gevorderd.’⁵²
86. De verklaring van recht neemt vanouds een relatief onbetekenende positie in tussen de sancties die bij onrechtmatige daad kunnen worden opgelegd, aldus Deurvorst. Anders dan de constitutieve veroordelingen, zoals het verbod en bevel en schadevergoeding, heeft een verklaring voor recht slechts een declaratoir karakter; zij brengt geen wijziging teweeg in de rechtsverhouding tussen partijen.⁵³
87. Toch kunnen er goede redenen zijn voor PAX en PILP om een vordering tot een verklaring voor recht, dat de Staat onrechtmatig handelt, niet te laten vergezellen van een vordering tot een veroordeling tot een gebod of verbod. Met name de inschatting van de kansrijkheid van het slagen van een vordering tot een bevel zal daarbij een rol spelen.
88. Ook kan het voorbereiden van de procedure zich dan beperken tot het optuigen van de redenering met betrekking tot de onrechtmatigheid van het overheidshandelen. Een onrechtmatigheidsoordeel zal de Staat ertoe aanzetten het beleid te heroverwegen teneinde zich

⁴⁹ HR 30 maart 1951, *NJ* 1952/29.

⁵⁰ HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760 (concl. A-G mr J. Spier, onder 11), *NJ* 2016/77.

⁵¹ HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760 (concl. A-G mr J. Spier, onder 16), *NJ* 2016/77.

⁵² HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, r.o. 4.1.2, *NJ* 2016/77.

⁵³ T.E. Deurvorst, in: *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, aant. II.2.2.1.2 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2018).



te onthouden van verder onrechtmatig gedrag. Dat mag althans in een democratische rechtstaat worden verwacht. De wijze waarop is dan aan de Staat, zodat geen afbreuk wordt gedaan aan de beleidsvrijheid. Zo kan een discussie zoals die naar aanleiding van het bevel in de Urgenda-zaak⁵⁴ woedt⁵⁵ deels worden voorkomen. Die discussie juist wel willen voeren met betrekking tot wapenexport kan dan natuurlijk reden zijn te kiezen voor het tegenovergestelde.

89. N. Groeneveld-Tijssens, gepromoveerd op de verklaring voor recht, meent dat een op zichzelf staande verklaring voor recht in het Nederlandse procesrecht niet vaak nodig is en zelfs het risico met zich brengt om (ambtshalve) niet-ontvankelijk te worden verklaard, als in het concrete geval hetzelfde kan worden bereikt met een sterker alternatief, zoals de veroordeling tot een prestatie, een voorlopig deskundigenbericht of voorlopig getuigenverhoor.⁵⁶
90. In de literatuur bestaat verschil van mening over de vraag of een verklaring voor recht in kort geding kan worden uitgesproken. Van Nispen meent van niet, omdat ‘de voorziening in kort geding gezag van gewijsde (mist) en dat is nu juist het enige rechtsgevolg van de verklaring voor recht.’⁵⁷ Vranken onderschrijft dat dat de heersende leer is, maar vindt deze achterhaald. Hij meent dat de verklaring voor recht ook in kort geding een belangrijk instrument zou kunnen zijn voor de gewenste taakverdeling tussen rechter en partijen.⁵⁸ Hij meent dat ‘het voorlopig karakter van de verklaring de betrokkene alleen (inscherpt) dat hij geen definitief recht heeft verkregen en dus altijd op eigen risico handelt, maar dat is inherent aan uitspraken in kort geding. Kortom, een declaratoir en voorlopigheid in kort geding zijn op eenzelfde wijze met elkaar verenigbaar als een bevel of verbod en voorlopigheid.’⁵⁹
91. Beargumenteed kan worden dat het standpunt van Vranken niet afwijkt van dat van de Hoge Raad, bijvoorbeeld op grond van de rechtspraak in de Chipshol-zaak. Daar werd geoordeeld dat de verklaring voor recht als remedie kan dienen⁶⁰, waaruit onzes inziens volgt dat er wel degelijk een op zichzelf staand belang kan worden gehecht aan de verklaring voor recht, los van een daaraan gekoppeld bevel.
92. Indien PAX en PILP ervoor kiezen om uitsluitend een verklaring voor recht te vorderen, verdient het aanbeveling om het belang van de op zichzelf staande vordering expliciet te beargumenteren. Indien de Staat vanwege een op handen zijnde concrete levering in kort geding wordt gedaagd, is dat des te belangrijker.

⁵⁴ HR 20 december 2020, ECLI:NL:HR:2019:2006, *AB* 2020/24, m.nt. Ch.W. Backes & G.A. van der Veen; *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Staat/Urgenda*).

⁵⁵ Zie bijvoorbeeld G. Boogaard & R.J.B. Schutgens, ‘Na ons de zondvloed? Over de Urgenda-zaak en het beginsel van constitutionele hoffelijkheid bij de oplegging van dwangsommen aan de Staat’, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2019/21 versus A.E.M. Leijten, ‘Urgenda, het EVRM, en het recht op een rechtvaardiging voor overheidsbeleid’, *Overheid & Aansprakelijkheid* 2020/3. De discussie spitst zich toe op de vraag of de rechter met een wetgevingsbevel niet te veel op de stoel van de wetgever gaat zitten.

⁵⁶ N. Groeneveld-Tijssens, ‘De verklaring voor recht’, *Ars Aequi* 2015/12, p. 1027.

⁵⁷ C.J.J.C van Nispen, ‘Wordt er te veel voor recht verklaard?’, *Tijdschrift voor Civiele rechtspleging* 2016/1, p. 20.

⁵⁸ J.B.M. Vranken, annotatie bij: HR 31 maart 2000, ECLI:NL:HR:AA5319, *NJ* 2000/497, onder 7.

⁵⁹ J.B.M. Vranken, annotatie bij: HR 31 maart 2000, ECLI:NL:HR:AA5319, *NJ* 2000/497, onder 8.

⁶⁰ HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, r.o. 3.6, *NJ* 2010/172.



Overige aandachtspunten met betrekking tot de ontvankelijkheid van de vordering die strekt tot een verklaring voor recht

93. Op grond van artikel 3:302 BW kan een verklaring voor recht slechts worden uitgesproken indien voldaan is aan de wettelijke vereisten dat er (1) een rechtsverhouding is waarbij (2) eiser onmiddellijk is betrokken. Op grond van artikel 3:303 BW moet de eiser daarnaast (3) een belang hebben bij de verklaring. Dit materiele belang lijkt een ander belang te zijn dan het belang dat men dient aan te tonen in het kader van de op zichzelf staande vordering voor een verklaring voor recht, maar zal bij de invulling daarvan natuurlijk wel een grote rol spelen.
94. Eerder in dit rapport hebben wij aandacht besteed aan artikel 3:305a BW en aangegeven geen problemen te voorzien bij het instellen van een rechtsvordering door PAX/PILP jegens de Staat. In de context van de in te stellen vordering tot een verklaring voor recht, hoeft op grond daarvan niet opnieuw aandacht te worden besteed aan de vereisten van artikel 3:302 BW. Nu aan de vereisten van artikel 3:305a is voldaan, kan zonder problemen gesteld worden dat er een rechtsverhouding is waarbij PAX/PILP als eiser onmiddellijk is betrokken.
95. Het vereiste van voldoende belang van artikel 3:303 BW geldt voor het instellen van iedere rechtsvordering. Van Nispen wijst er echter op dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het belang bij de verklaring voor recht niet door de civiele rechter wordt verondersteld maar moet worden aangetoond. Volgens hem houdt dat in dat stelplicht en bewijslast met betrekking tot het processuele belang bij de eiser liggen.⁶¹ Uit recente rechtspraak in de Dexia effectenlease-zaken, waar door Dexia een negatieve verklaring voor recht werd gevorderd, blijkt dat eveneens: *“Indien dat belang wordt betwist of de rechter ambtshalve opheldering wenst over dat belang, rusten de stelplicht en bewijslast terzake in beginsel op degene die de vordering instelt.”*⁶²
96. Een verklaring voor recht *“kan (...) enkel dienen tot het vaststellen van het bestaan (van een bepaalde rechtsverhouding) of het preciseren van haar inhoud in dier voege dat de betrokkenen bij die rechtsverhouding tot wie de vordering zich richt, door die vaststelling worden gebonden.”*⁶³ *“Het belang bij een zodanige vordering is naar haar aard in de eerste plaats gelegen in het belang tussen de betreffende betrokkenen eventuele onzekerheden ter zake van hun rechtsverhouding op te heffen.”*⁶⁴
97. Een goed voorbeeld hiervan is de vordering van de Niet-rokersvereniging CAN, die een verklaring voor recht vorderde dat de Staat onrechtmatig handelde door uitzonderingen toe te staan op het rookverbod.⁶⁵ Aan die vordering werd geen vordering tot een ge- of verbod gekoppeld. De uitspraak van het hof is niet gepubliceerd, maar uit het arrest van de Hoge Raad valt niet op te maken dat het belang van deze vordering onderwerp van debat is geweest. De vordering werd toegewezen en het rookverbod is heden ten dage ook van toepassing op kleine cafés.

⁶¹ J.J.C van Nispen, ‘Wordt er te veel voor recht verklaard?’, *Tijdschrift voor Civiele rechtspleging* 2016/1, p. 20.

⁶² HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, r.o. 4.12, *NJ* 2019/238.

⁶³ HR 22 jan. 1993, *AB* 1993/198, r.o. 3.4.

⁶⁴ HR 15 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1095, r.o. 3.2, *NJ* 1994/8.

⁶⁵ HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449, *NJ* 2019/377.



98. Het verdient aanbeveling om het bestaan van een belang voor PAX/PILP bij het instellen van de vordering in de dagvaarding in ieder geval te stellen. Het zal niet ingewikkeld zijn dat belang te formuleren.
99. In eerste instantie is dat belang erin gelegen, dat PAX/PILP geen middel in handen hebben om specifieke vergunningen te laten schorsen of intrekken. Betoogd kan worden dat een verklaring voor recht met betrekking tot het toestaan van wapenexporten in algemene zin naar bepaalde gebieden, de enige kans voor PAX/PILP is om wapenexporten naar een conflictgebied te verhinderen. Daarnaast hebben PAX/PILP belang bij een verklaring voor recht, omdat de Staat hiermee bewogen wordt om de betrokken regelgeving te herzien of aanpassingen te doen in het beleid, zodat PAX/PILP niet gedwongen worden om, bij gebrek aan een beter middel, tegen iedere individuele vergunning op te komen, terwijl de kans van slagen via die route aantoonbaar gering is.
100. Overigens volgt uit de rechtspraak wel dat de verklaring voor recht niet altijd als doel hoeft te hebben dat in of buiten rechte alsnog een prestatie wordt gevorderd. In de zaak van Chipshol tegen de Staat werd geoordeeld dat het feit dat Chipshol geen schade had geleden ten gevolge van het jegens haar onrechtmatig handelen door het gerechtshof niet wegneemt dat *als genoegdoening* een verklaring voor recht kan worden gevorderd.⁶⁶ Dat is geen met dat van PAX en PILP vergelijkbaar belang, maar geeft aan dat er ruimte is voor een enigszins ruime uitleg van het procesbelang.
101. Indien de vordering strekt tot het onrechtmatig verklaren van (dreigende) handelingen (of dreigend toekomstig nalaten) door de Staat, als die wapenexport naar gebied [X] onder specifieke omstandigheden toelaat of niet verhindert, vormt het procesbelang vermoedelijk een hoge drempel. De Hoge Raad stelt daaraan als vereiste voor ontvankelijkheid, dat de toekomstige handelingen voldoende concreet omschreven moeten zijn.⁶⁷
102. In het arrest over de inzet van kernwapens door de Nederlandse Staat, waartegen (onder meer) de Vereniging van Juristen voor de Vrede (VJV) opkwam, oordeelde de Hoge Raad:

“Indien reeds op voorhand blijkt dat de handelingen waarvan in dit geding wordt gevorderd deze verboden te verklaren, op zodanige wijze zijn omschreven dat zij niet alle of niet onder alle omstandigheden onrechtmatig zijn, en de vraag of zij al dan niet onrechtmatig zijn, anders dan in geval van in het verleden verrichte handelingen, ook niet aan de hand van de omstandigheden van het geval kan worden onderzocht, is de verklaring voor recht onvoldoende concreet omschreven. Opmerking verdient hierbij dat het niet tot de taak van de rechter behoort een vordering zodanig te herformuleren dat zij uitsluitend ziet op handelingen die onder alle omstandigheden als onrechtmatig moeten worden beschouwd (...) Dit een en ander brengt mee dat een vordering te verklaren voor recht dat in de toekomst te verrichten handelingen als de onderhavige onrechtmatig zijn, indien zij in de hiervoor bedoelde zin onvoldoende concreet zijn omschreven, nimmer voor toewijzing in

⁶⁶ HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8146, r.o. 3.6, NJ 2010/172.

⁶⁷ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, NJ 2002/217.



aanmerking komt, zodat een eiser onvoldoende belang heeft bij een zodanige vordering en derhalve daarin niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Hetzelfde geldt op overeenkomstige wijze voor de onvoldoende concreet omschreven vorderingen strekkende tot een verbod van die handelingen of tot een bevel die handelingen te staken.”⁶⁸

103. Het is dus van groot belang dat in een vordering tot verklaring voor recht veel aandacht wordt besteed aan het concretiseren van de voorwaarden die maken dat het verlenen van vergunningen door de Staat zonder meer onrechtmatig is. Datzelfde geldt voor de omstandigheden waaronder het onrechtmatig kan worden geacht dat de Staat geen beleid of regelgeving uitvaardigt, bijvoorbeeld in de vorm van een moratorium, die wapenexport naar het bedoelde gebied (tijdelijk) opschort of uitsluit.

II.6 Overheidsaansprakelijkheid anders dan voor appellabele besluiten

104. Hierna zullen wij onderzoeken welk handelen of nalaten van de Staat onder omstandigheden onrechtmatig kan worden geoordeeld door de civiele rechter en proberen een inschatting te geven van de bruikbaarheid van de verschillende overheidsaansprakelijkheden voor de vordering van PAX/PILP.
105. Net als in het gemene aansprakelijkheidsrecht is ook de Staat gehouden de schade veroorzaakt door aan de Staat toerekenbaar onrechtmatig handelen of nalaten aan de benadeelde te vergoeden.⁶⁹ De mogelijkheid om overheidsoptreden door de rechter te laten toetsen reikt verder dan de toetsing van uitsluitend een appellabel besluit, hetzij door de bestuursrechter, hetzij door de civiele rechter.
106. In de eerste plaats kan ook aansprakelijkheid voor niet-appellabele besluiten aan de rechter worden voorgelegd.⁷⁰ Deze mogelijkheid is voor ons scenario niet relevant en laten wij verder buiten beschouwing.
107. Ook feitelijk handelen door de Staat kan leiden tot een schadevergoedingsplicht, met name uitvoeringshandelingen die nodeloos, disproportioneel schade veroorzaken.⁷¹ Dit is enerzijds het terrein van de nadeelcompensatie en de planschade, en voor ons onderzoek niet relevant omdat hier juist niet de vraag naar de rechtmatigheid van het overheidshandelen voorligt, maar de mate waarin de schade die daaruit voortkomt vergoed moet worden. Wel zou een eventuele schadeclaim door slachtoffers van wapengeweld in het land dat de wapens geleverd heeft gekregen op deze grondslag (schade als gevolg van rechtmatig overheidshandelen) kunnen worden gebaseerd, in die zin dat als gevolg van de (rechtmatige) toekenning van de exportvergunning schade is geleden door slachtoffers. Een dergelijke vordering past echter eveneens niet in ons scenario en zal hier niet verder worden uitgewerkt.

⁶⁸ HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, r.o. 3.3 X, NJ 2002/217.

⁶⁹ C.H. Sieburgh, in: *Asser-Sieburgh 6-IV De verbintenissen uit de wet*, aant. 344 (online, laatst bijgewerkt op 2 november 2019).

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld HR 6 januari 2017, AB 2017/407 (UWV/X), daar ging het om een ontslagvergunning, waartegen geen beroep open staat.

⁷¹ Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 juni 2016 (AH Cassandraplein), AB 2016, 363, m.nt. Tjepkema; ABRvS 2 maart 2016 (Rijsbergen), AB 2016, 215, m.nt. Van den Broek en Tjepkema.



108. Ook falend toezicht kan onder omstandigheden gelden als onrechtmatig feitelijk handelen waarvoor de Staat aansprakelijk kan zijn.⁷² De Staat zal ter bescherming van leven en eigendom van burgers vaak ook preventief moeten handelen op basis van haar bevoegdheden en taken, zowel wat betreft regelgeving, als door toezicht, handhaving en informatieverstrekking (waarschuwing).⁷³
109. Uit het arrest *Vie d'Or*, waaruit blijkt dat de rechter in gevallen van vermeend falend toezicht slechts marginaal toetst. Keirse en Ortlep hebben beschreven dat die drempel na dit arrest zelfs wettelijk is verhoogd, door op grond van artikel 1:25d van de Wet op het financieel toezicht de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders te beperken tot gevallen waarin de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of grove schuld.⁷⁴ Zij signaleren echter ook dat de reikwijdte van overheidsaansprakelijkheid in het algemeen aan een slingerbeweging onderhevig is.
110. Tenslotte kan onrechtmatig overheidshandelen (en aansprakelijkheid) worden aangenomen voor wetgeving als zij een met een hogere regeling strijdig wettelijk voorschrift uitvaardigt en uitvoert.⁷⁵ Is wetgeving in formele zin in strijd met zulke bepalingen, dan heeft dat niet alleen tot gevolg dat de desbetreffende wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar ook dat het uitvaardigen en handhaven van die wetgeving onrechtmatig is en daarom op grond van art. 6:162 BW de Staat verplicht tot betaling van schadevergoeding, mits aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is voldaan. Dat is niet in strijd met het toetsingsverbod.⁷⁶

Hieronder werken wij vanuit het onderzoeksscenario voorgaande opties verder uit.

Handelen in strijd met hoger recht

111. In een eerder aangehaald arrest vorderde de Nederlandse Niet-rokersvereniging CAN 2019 in een geding tegen de Staat, ook op de voet van artikel 3:305a BW, een verklaring voor recht dat de uitzondering op het rookverbod voor rookruimtes onrechtmatig was wegens strijd met hoger recht, te weten het WHO Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging.⁷⁷ In deze zaak werd strijd met hoger recht aangenomen, omdat naar het oordeel van het hof en de Hoge Raad aan artikel 8 lid 2 van het WHO Kaderverdrag rechtstreekse werking toekomt.⁷⁸ Het ontbreken van een

⁷² T. Barkhuysen, C. de Kruif, W. den Ouden & Y.E. Schuurmans, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2014, p. 318.

⁷³ R.J.N. Schlössels, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2019, 969 *Onrechtmatigheid: schending van ongeschreven recht*.

⁷⁴ A.L.M. Keirse & R. Ortlep, 'Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2017/2.

⁷⁵ A.L.M. Keirse & R. Ortlep, 'Policy-argumenten in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: een rechtsvergelijkend perspectief', *Overheid & Aansprakelijkheid* 2017/2. Zie tevens daarin aangehaalde rechtspraak: HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, NJ 1987/252 (*Staat/Van Gelder*) en meer recent HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, AB 2016/30 (*Staat/Habing*).

⁷⁶ HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, NJ 1987/252 (*Staat/Van Gelder*) en meer recent HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, AB 2016/30 (*Staat/Habing*), met name r.o. 3.4.2, AB 2016/30.

⁷⁷ HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449, NJ 2019/377.

⁷⁸ HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449, r.o. 3.1.2, NJ 2019/377.



concrete termijn voor implementatie in dat Kaderverdrag ontslaat de Staat niet van de plicht binnen een redelijke tijd de bedoelde verdragsverplichting na te komen.⁷⁹

112. Ook de wapenexport is een beleidsterrein dat mede beheerst wordt door internationaal en Europees recht. De Nederlandse regelgeving moet daarom voldoen aan de door met name de VN en de EU gestelde voorwaarden. Formele wetgeving in strijd met Unierecht (of rechtstreeks werkend internationaal recht) levert een onrechtmatige overheidsdaad op. Hetzelfde geldt voor het niet uitvaardigen van wetgeving, terwijl internationaal of Europees recht daartoe verplichten.⁸⁰
113. Onderstaand zullen we kort het internationaalrechtelijk kader met betrekking tot de wapenexport schetsen, om vervolgens te kijken of er aanleiding bestaat om strijd met hoger recht als grondslag te gebruiken voor de door PAX en PILP in te stellen vordering.

Internationaalrechtelijk wettelijk kader

114. Op wapenexport is veel internationale regelgeving van toepassing. Wij beperken ons in dit rapport tot de meest relevante regelingen.
115. Het Europees wettelijk kader dat de export van wapens naar landen buiten de Europese Unie reguleert wordt in de eerste plaats gevormd door het Gemeenschappelijk Standpunt.
116. De preambule bij het Gemeenschappelijk Standpunt bevat onder meer de erkenning van de bijzondere verantwoordelijkheid van de lidstaten bij de uitvoer van militaire goederen (onder 2), vastbeslotenheid om hoge gemeenschappelijke normen vast te stellen die worden gezien als minimumnormen (onder 3) en om de uitvoer te voorkomen van militaire goederen en technologie die voor binnenlandse onderdrukking of internationale agressie kunnen worden gebruikt, dan wel tot regionale instabiliteit kunnen bijdragen (sub 4).

Artikel 1 lid 1 luidt:

Elke lidstaat toetst per geval de bij hem ingediende aanvragen inzake uitvoervergunningen voor goederen die worden vermeld in de in artikel 12 bedoelde gemeenschappelijke EU- lijst van militaire goederen, aan de criteria van artikel 2.

Artikel 3:

Dit gemeenschappelijk standpunt doet geen afbreuk aan het recht van de lidstaten om in nationaal verband restrictievere regels toe te passen.

117. Tevens is bindend voor de lidstaten Verordening 428/2009/EG⁸¹, die in de plaats is gekomen van Verordening 1334/2000/EG, tot instelling van een communautaire regeling voor controle

⁷⁹ HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449, r.o. 3.1.4, NJ 2019/377.

⁸⁰ R.J.N. Schlössels, Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat Band 2 (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Kluwer 2019, 1034 Onrechtmatige formele wetgeving: belang van de supranationale recht.

⁸¹ Pbeu 2009, L 134/1.



op de uitvoer, de overbrenging, de tussenhandel en de doorvoer van producten voor tweërlei gebruik.

118. Daaruit is met name artikel 12 van belang dat bepaalt dat lidstaten bij het besluit om al dan niet een vergunning te verlenen rekening houden met alle ter zake dienende overwegingen, waaronder de verplichtingen uit internationale verdragen, uit OVSE-besluiten alsmede krachtens een bindende resolutie van de VN Veiligheidsraad, de overwegingen uit het Gemeenschappelijk standpunt en overwegingen omtrent het voorgenomen eindgebruik en onttrekkingsgevaar.
119. Tevens relevant is Verordening 258/2012, tot uitvoering van artikel 10 van het Protocol van de Verenigde Naties tegen de illegale vervaardiging van en handel in vuurwapens, hun onderdelen, componenten en munitie, tot aanvulling van het Verdrag van de Verenigde Naties ter bestrijding van grensoverschrijdende georganiseerde misdaad (VN-protocol inzake vuurwapens), en tot vaststelling van uitvoervergunningen voor vuurwapens, hun onderdelen, componenten en munitie en maatregelen betreffende de invoer en doorvoer ervan. Deze verordening laat de bepalingen uit Verordening 428/2009 onverlet (preambule, onder 17) en bepaalt meer specifiek in artikel 4 lid 2:
- “Indien voor de uitvoer van vuurwapens, hun onderdelen, essentiële componenten en munitie een uitvoervergunning is vereist op grond van deze verordening en de uitvoer eveneens moet voldoen aan vereisten voor een uitvoervergunning overeenkomstig Gemeenschappelijk Standpunt 2008/944/GBVB, kunnen de lidstaten één enkele procedure volgen om aan hun verplichtingen op grond van deze verordening en bovengenoemd gemeenschappelijk standpunt te voldoen.”*
120. Omdat in ons scenario een vergunning op grond van het Gemeenschappelijk standpunt voorligt, zal de Nederlandse vergunningverlening daaraan moeten voldoen en hoeft de Nederlandse regelgeving op dat punt niet ook nog aan deze verordening te worden getoetst.
121. Naast de EU-regelgeving is er nog het Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies, dat in 1995 in Wassenaar door 28 landen werd ondertekend. Het Arrangement voorziet met name in afspraken over het uitwisselen van informatie met betrekking tot wapenhandel. De bepalingen uit het Arrangement zijn niet bindend (art II.3 bepaalt: *‘The decision to transfer or deny transfer of any item will be the sole responsibility of each Participating State. All measures undertaken with respect to the Arrangement will be in accordance with national legislation and policies and will be implemented on the basis of national discretion.’*)
122. Ten slotte is voor wat betreft de internationale regelgeving van belang de UN Arms Trade Treaty (ATT) dat voor Nederland in december 2015 in werking is getreden. Artikel 6 van dat verdrag bepaalt kort gezegd dat de internationale handel in militaire wapens slechts dan is toegestaan als daarop geen internationale embargo’s van toepassing zijn. Artikel 6 lid 3 bepaalt dat een lidstaat geen exportvergunning kan verlenen indien ten tijde daarvan bekend is dat de wapens gebruikt zullen worden bij mensenrechtenschendingen.



Artikel 7 bepaalt dat als wapenexport niet is verboden op grond van het bepaalde in artikel 6, de lidstaat de export moet toetsen aan in het artikel onder lid 1 opgesomde criteria. Nederland toetst aan de criteria van artikel 2 van het Gemeenschappelijk Standpunt. Het eerste criterium beheerst de verplichting voor lidstaten om te toetsen of bij het verlenen van de uitvoervergunning internationale verplichtingen en verbintenissen worden nageleefd. Daarmee incorporeert het Gemeenschappelijk Standpunt de criteria van het ATT, waarbij Nederland partij is.

Op de inhoud van de criteria gaan wij in dit verband niet in. Nederland stelt deze toe te passen, hetgeen uitsluitend in de context van een concrete vergunning getoetst kan worden. Nederland heeft de criteria immers niet omgezet in wetgeving, maar verwijst er direct naar.

Lid 7 van het artikel bepaalt verder nog:

“If, after an authorization has been granted, an exporting State Party becomes aware of new relevant information, it is encouraged to reassess the authorization after consultations, if appropriate, with the importing State.”

Nationaal wettelijk kader

123. In het onderzoekscenario gaan wij uit van zogenaamde strategische goederen (dus militaire goederen en *dual use* wapens). Hierdoor wordt de exportvergunning niet verleend op grond van de Wet Wapens en Munitie, maar op grond van de Douanewet. De vergunningsaanvraag wordt beoordeeld door de Centrale Dienst voor In- en Uitvoer. Het CDIU is onderdeel van de Belastingdienst/Douane van het ministerie van Financiën, en heeft mandaat om namens de minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking uitvoervergunningen te verlenen.⁸² Bij gevoelige dossiers wordt bij de beoordeling ook het ministerie van Buitenlandse Zaken betrokken.⁸³
124. Het Nederlands wettelijk kader wordt dus in de eerste plaats gevormd door de Algemene Douanewet. Op grond van de artikelen 1:4 lid 1 en 2 en 3:1 daarvan is bij AMvB het Besluit Strategische Goederen opgesteld.

Artikel 11 lid 1 van het Besluit luidt:

Het is verboden om militaire goederen uit te voeren uit Nederland zonder individuele, globale of algemene uitvoervergunning.

Artikel 14:

- 1. Onze Minister verleent op aanvraag een individuele uitvoervergunning of een globale uitvoervergunning.*
- 2. Onze Minister kan een vergunning als bedoeld in het eerste lid onder beperkingen verlenen en kan aan een vergunning voorschriften en voorwaarden verbinden.*

⁸² Handboek Strategische Goederen en Diensten, ministerie van Buitenlandse zaken, maart 2018 (online, geraadpleegd op 28 mei 2020).

⁸³ D. Cops, N. Duquet, G. Gourdin, *Vlaamse wapenexportcontrole in Europa: het complexe vraagstuk van Europese harmonisering*, Brussel: Vlaams Vredesinstituut 2016, p. 47.



3. Bij ministeriële regeling worden regels gesteld over de wijze waarop en door wie een vergunning wordt aangevraagd.

Artikel 15

125. Onze Minister kan een individuele uitvoervergunning of een globale uitvoervergunning in ieder geval intrekken indien:

- a. de vergunning is verstrekt op grond van onjuiste of onvolledige gegevens of
- b. de voorschriften en voorwaarden van de vergunning niet in acht zijn genomen.

126. De Uitvoeringsregeling strategische goederen betreft met name de wijze waarop een vergunning dient te worden aangevraagd en de voorwaarden die aan een vergunning kunnen worden verbonden. Ook de vrijstellingen van de vergunningplicht zijn de regeling opgenomen.

Aanknopingspunten voor een vordering die strekt tot de verklaring voor recht dat de Staat onrechtmatig handelt wegens strijd met hogere regelgeving

127. De kern van het Gemeenschappelijk Standpunt is de lijst van criteria, opgesomd in artikel 2. Nederland heeft de Gemeenschappelijke Criteria niet geïmplementeerd. Ook staan in het Besluit Strategische Goederen geen daarmee in overeenstemming zijnde toetsingscriteria. De webpagina ‘Beleid controle strategische goederen en diensten’ van de Rijksoverheid⁸⁴ vermeldt wel:

“Op grond van 8 criteria beoordeelt de Rijksoverheid of een bedrijf of organisatie een vergunning krijgt om militaire goederen uit te voeren. Die criteria staan in het Gemeenschappelijk standpunt van de EU over wapenexport.”

128. Het Gemeenschappelijk Standpunt verplicht niet tot implementatie van de regels, maar vereist dat de lidstaat de vergunning aan de criteria van artikel 2 toetst. Nederland handelt daarmee dus niet in strijd met het Gemeenschappelijk Standpunt.

129. Wel kan worden opgemerkt dat criteria 5 tot 8 van het Gemeenschappelijk Standpunt 2008/944, die een minder dwingend karakter hebben omdat ze zijn geformuleerd als overwegingen en geen expliciet verplichte weigeringsgronden bevatten, door diverse landen wel degelijk zijn uitgewerkt tot weigeringsgronden in de nationale wetgeving.⁸⁵ Net als Nederland, waren zij daartoe niet verplicht. Op dit vlak stelt Nederland zich dus relatief terughoudend op.

130. Op eenzelfde wijze onderscheidt Nederland zich op het vlak van aanvullende toetsingscriteria. Van de mogelijkheid die artikel 3 van het Gemeenschappelijk Standpunt biedt om restrictievere nationale regels op te stellen, wordt ook in dit opzicht geen gebruik gemaakt. Uit een onderzoek naar harmonisatie van de EU-regelgeving in 8 lidstaten, blijkt dat Nederland van die staten het enige land is dat geen bijkomende toetsingscriteria, bijvoorbeeld met betrekking tot

⁸⁴ Beschikbaar via: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/exportcontrole-strategische-goederen/beleid-controle-strategische-goederen-en-diensten> (geraadpleegd op 24 mei 2020).

⁸⁵ D. Cops, N. Duquet, G. Gourdin, *Vlaamse wapenexportcontrole in Europa: het complexe vraagstuk van Europese harmonisering*, Brussel: Vlaams Vredesinstituut 2016, p. 91.



mensenrechten of nationale belangen, heeft opgesteld.⁸⁶

131. Daarnaast bepaalt artikel 5 van het Gemeenschappelijk standpunt dat uitvoervergunningen enkel kunnen worden toegekend op basis van betrouwbare kennis over het eindgebruik in het uiteindelijke land van bestemming. Volgens het artikel zal daartoe *in het algemeen* een grondig gecontroleerd eindgebruikerscertificaat of vergelijkbare documentatie nodig zijn. Zo'n eindgebruikerscertificaat is in Nederland, evenals in Vlaanderen en Hongarije, niet verplicht.⁸⁷ In tegenstelling tot een aantal andere landen, stelt Nederland ook op dit vlak geen aanvullende eisen.
132. Artikel 15 en 23 van het Besluit Strategische Goederen bepalen dat een vergunning kan worden ingetrokken als de vergunning is verstrekt op grond van onjuiste of onvolledige gegevens of als de voorschriften en voorwaarden van de vergunning niet in acht zijn genomen. Het Besluit voorziet dus niet in de plicht om op grond van gewijzigde omstandigheden van het geval de vergunning in te trekken. Nederland beperkt zich tot procedurele en formele inbreuken, anders dan bijvoorbeeld Vlaanderen, Duitsland, Hongarije en Zweden.⁸⁸
133. Ook de ATT bevat een bepaling met betrekking tot het in een later stadium intrekken van vergunningen, in artikel 7 lid 7:
- If, after an authorization has been granted, an exporting State Party becomes aware of new relevant information, it is encouraged to reassess the authorization after consultations, if appropriate, with the importing State.*
134. Deze bepaling is niet dwingend geredigeerd: 'it is encouraged', maar moedigt wel aan dat nieuwe informatie aanleiding vormt voor een herbeoordeling van de vergunning. Niet duidelijk is welke soorten informatie daar onder zouden moeten vallen.
135. Nederland hanteert een sondage-procedure voorafgaand aan de vergunningsprocedure.⁸⁹ Het doel daarvan is met name om de producent niet onnodig op kosten te jagen: 'Het kan soms immers kostbaar of tijdrovend zijn om een contract af te sluiten, en het zou jammer zijn als na uw inspanningen de vergunning geweigerd wordt.'⁹⁰
136. Andere vergunningsstelsels voorzien in bijkomende voorafgaande bepalingen en procedures vóór de formele vergunningsaanvraag, die bijvoorbeeld kunnen zien op de betrouwbaarheid van de producent (Vlaanderen) of op productie en transport (Portugal, Zweden, Duitsland).

⁸⁶ D. Cops, N. Duquet, G. Gourdin, *Vlaamse wapenexportcontrole in Europa: het complexe vraagstuk van Europese harmonisering*, Brussel: Vlaams Vredesinstituut 2016, p. 91.

⁸⁷ D. Cops, N. Duquet, G. Gourdin, *Vlaamse wapenexportcontrole in Europa: het complexe vraagstuk van Europese harmonisering*, Brussel: Vlaams Vredesinstituut 2016, p. 95.

⁸⁸ D. Cops, N. Duquet, G. Gourdin, *Vlaamse wapenexportcontrole in Europa: het complexe vraagstuk van Europese harmonisering*, Brussel: Vlaams Vredesinstituut 2016, p. 102.

⁸⁹ Een procedure waarbij de aanvrager voorafgaand aan een vergunningsaanvraag een indicatie kan verkrijgen over de kansrijkheid van die aanvraag.

⁹⁰ Handboek Strategische Goederen, ministerie van Buitenlandse Zaken 20118 (online, geraadpleegd op 24 mei 2020).



137. Nederland heeft de regels die zien op het verlenen van vergunningen van wapenexport geïmplementeerd, dan wel direct laten doorwerken. Er is dus geen sprake van strijd met hoger recht. Wel valt op dat Nederland op dat vlak geen gebruik maakt van de mogelijkheid die artikel 3 van het Gemeenschappelijk Standpunt geeft om een restrictiever nationaal beleid toe te passen. Andere lidstaten doen dat vaak wel.

II.7 Onrechtmatigheid van toekomstige of dreigende handelingen

138. Een andere insteek van de vordering kan zijn dat, gezien de omstandigheden in het betrokken conflictgebied, in algemene zin gezegd kan worden dat het verlenen van vergunningen voor wapenexport naar dat gebied onder nader gespecificeerde omstandigheden onrechtmatig is. Op deze manier hoeft niet de individuele vergunning getoetst te worden, maar is de verlening ervan tot stand gekomen door onrechtmatig handelen van de Staat.
139. In 2001 vorderde de Vereniging van Juristen in een zaak tegen de Staat een verklaring voor recht die ertoe strekte dat de handelingen van de Staat die betrekking hadden op de inzet van kernwapens onrechtmatig waren wegens strijd met het humanitair recht. Aan de vordering legden zij de dreiging van onrechtmatig handelen door de Staat ten grondslag. Daarnaast vorderden zij een verbod van de inzet van kernwapens ('first use').⁹¹ In deze zaak ging het dus om een vergelijkbare vordering als beschreven onder paragraaf 138, die ertoe strekte om toekomstige handelingen onrechtmatig te verklaren.
140. Hoewel het in cassatie uitsluitend ging om de vraag naar de ontvankelijkheid van deze vorderingen, moest om die te beoordelen deels al worden ingegaan op de onrechtmatigheid.
141. De Hoge Raad verwierp het beroep van de VJV. In de eerste plaats omdat de handelingen waarvoor de verklaring voor recht werd gevraagd, in de vorderingen niet zodanig waren geformuleerd dat in alle daardoor bestreken gevallen sprake is van onrechtmatigheid. Zij waren dus onvoldoende concreet omschreven om voor toewijzing in aanmerking te komen.⁹² Het gedrag zou onder alle omstandigheden ongeoorloofd moeten zijn, en dat was hier niet het geval.⁹³
142. Daarnaast was van belang dat:
*"(...) de in het onderhavige geding ingestelde vorderingen betrekking hebben op vragen betreffende het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Dit betekent dat de burgerlijke rechter een grote mate van terughoudendheid aan de dag zal moeten leggen bij de beoordeling van vorderingen, als in het onderhavige geding ingesteld, die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie, die in de toekomst zouden kunnen worden verricht, reeds thans als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken."*⁹⁴

⁹¹ HR 21-12-2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, NJ 2002/217, m. nt. Koopmans.

⁹² HR 21-12-2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, r.o 3.3. sub A, NJ 2002/217.

⁹³ HR 21-12-2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, r.o 3.3. sub B, NJ 2002/217.

⁹⁴ HR 21-12-2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, r.o 3.3. sub C, NJ 2002/217.



143. Ten slotte merkte de Hoge Raad nog op dat vereist wordt dat een concreet belang bestaat, in die zin dat er een reële dreiging is dat de handelingen die VJV c.s. verboden willen zien, zullen worden verricht. Bij afwezigheid van een concrete en reële dreiging zou het debat in een burgerlijk geding slechts kunnen gaan over de goorloofdheid in abstracto.
144. Hoewel het kernwapenarrest al redelijk oud is, kan worden aangenomen dat de criteria nog steeds gelden.⁹⁵ Het zal in een door PAX/PILP aangespannen zaak lastig worden om te voldoen aan het vereiste van voldoende concreetheid. Daarnaast zal de rechter, zoals in 2001, terughoudendheid vertonen bij het beoordelen van het buitenlandbeleid van de Staat. Die terughoudend blijkt bijvoorbeeld uit het arrest Vie d'Or. In die zaak draaide het om de kwestie dat consumenten gedupeerd waren en schade hadden geleden door de praktijken van levensverzekeraar Vie d'Or, ondanks het toezicht door de Verzekeringskamer. Hoewel deze schade aantoonbaar was, benadrukte de Hoge Raad: *'de mate waarin aan de Verzekeringskamer beleids- en beoordelingsruimte toekomt bij de uitoefening van haar wettelijke bevoegdheden en de in dat verband geboden terughoudendheid van de rechterlijke toetsing.'*⁹⁶ De gevorderde verklaring voor recht dat de Verzekeringskamer onrechtmatig had gehandeld door te falen als toezichthouder werd niet toegewezen.
145. Een extra drempel voor PAX/PILP is erin gelegen dat het Gemeenschappelijk Standpunt in artikel 1 bepaalt dat lidstaten in de beoordeling van aanvragen voor de uitvoer van militair materieel moeten uitgaan van een 'case-by-case'-procedure. Het instellen van een embargo staat niet als mogelijkheid vermeld.
146. Geen enkele overheid vermeldt de mogelijkheid van een unilateraal wapenembargo expliciet in eigen wetgeving. De case-by-case benadering van vergunningsaanvragen is in Europa de norm.⁹⁷ Het zal dus heel lastig worden om te beargumenteren dat de Staat onrechtmatig handelt door niet in algemene zin te weigeren mee te werken aan een vergunningsaanvraag. Ook het vereiste van de reële dreiging zal moeilijk aan te tonen zijn, omdat de Staat zal beargumenteren dat een vergunning nooit zal worden verleend als de omstandigheden in het ontvangende land daaraan in de weg staan.
147. Daar staat tegenover dat sommige landen desalniettemin in bepaalde gevallen systematische weigeringen van de uitvoer van militair materieel naar bepaalde bestemmingslanden en bepaalde eindgebruikers hanteren. Vooral overwegingen inzake illegale verlegging van materieel en de betrokkenheid in (niet-internationaalrechtelijk ondersteunde) gewapende conflicten fungeren dan als criteria.⁹⁸
148. Daaruit volgt dat in andere lidstaten wel degelijk wordt aangenomen dat in algemene zin gezegd kan worden dat toekomstige handelingen met betrekking tot wapenexport onrechtmatig kunnen zijn. Zij achten een 'hold', embargo of principiële weigeringsgrond kennelijk mogelijk en zijn

⁹⁵ Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Wissink bij HR 12 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:590, onder 5.10.1. JOR 2019/160.

⁹⁶ HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2077, r.o. 4.3.5, NJ 2008/527.

⁹⁷ D. Cops, N. Duquet, G. Gourdin, *Vlaamse wapenexportcontrole in Europa: het complexe vraagstuk van Europese harmonisering*, Brussel: Vlaams Vredesinstituut 2016, p. 103.

⁹⁸ D. Cops, N. Duquet, G. Gourdin, *Vlaamse wapenexportcontrole in Europa: het complexe vraagstuk van Europese harmonisering*, Brussel: Vlaams Vredesinstituut 2016, p. 103.



van mening dat bepaalde omstandigheden wel degelijk voldoende concreet kunnen worden omschreven om een algemeen verbod te rechtvaardigen. Daarmee sluiten die lidstaten voor zichzelf de mogelijkheid tot beleidsvrijheid in die gevallen af, zonder dat de rechter daaraan te pas komt.

149. In het geval van de kernwapens kon de Hoge Raad niet tot het oordeel komen dat het gebruik van kernwapens steeds onrechtmatig zou zijn, zelfs in een extreme situatie van zelfverdediging. Het toestaan van de export van wapens naar een conflictgebied of een land betrokken bij een gewapend conflict in specifiek omschreven omstandigheden, zal wellicht meer kans maken om onder alle omstandigheden onrechtmatig te zijn bij gebrek aan een zwaarwegend belang dat de onrechtmatigheid daarvan kan ontnemen.⁹⁹ De afschrikkende werking van de wapens speelt in ons scenario geen vergelijkbare rol.
150. Kortom, het zal heel lastig worden om een verklaring voor recht te verkrijgen dat alle toekomstige handelingen van de Staat die eruit bestaan om een vergunning te verlenen voor wapenexport naar een bepaald conflictgebied (onder nader gespecificeerde omstandigheden) onrechtmatig zijn. Wellicht zijn de papieren van PAX/PILP iets specifieker dan die van VJV c.s. destijds, maar het is zeer de vraag of dat voldoende is gelet op de norm dat nationale overheden vergunningen individueel beoordelen en embargo's thuishoren in de internationale politiek.

II.8 Zuiver nalaten: niet uitvaardigen van beleid

151. Hierboven concludeerden wij dat geen sprake is van handelen van de Staat in strijd met hoger recht. Wel constateerden we dat Nederland in veel mindere mate dan andere lidstaten gebruik maakt van de mogelijkheid die het Gemeenschappelijk Standpunt biedt tot het toepassen van restrictievere regels. Die mogelijkheid is echter een recht, geen verplichting. Ook de ATT kent geen verplichtingen die restrictiever zijn dan de huidige Nederlandse regelgeving.
152. Het zuivere nalaten van de Nederlandse Staat zou eruit moeten bestaan dat onvoldoende regelgeving is uitgevaardigd om de uitgangspunten geformuleerd in de preambule van het Gemeenschappelijk Standpunt te waarborgen. Dat zou enerzijds kunnen door te beargumenteren dat onder bepaalde omstandigheden wel degelijk embargo's dienen te worden ingesteld, als de lidstaten willen voldoen aan die doelstellingen. Meer structureel kan beargumenteerd worden dat er te weinig gronden zijn om eenmaal verleende vergunningen weer in te trekken als achteraf van onacceptabele (gewijzigde) omstandigheden blijkt.
153. Buitencontractuele aansprakelijkheid wegens zuiver nalaten veronderstelt een anterieure verplichting tot handelen. Een dergelijke verplichting kan voortvloeien uit een wettelijke plicht tot handelen of uit het ongeschreven recht.¹⁰⁰ De wettelijke verplichting ontbreekt hier. Wellicht

⁹⁹ Hierbij moet wel opgemerkt worden dat het niet zeker is of dit argument succesvol gemaakt kan worden. In het geval van Jemen kan bijvoorbeeld beargumenteerd worden dat KSA en UAE de wapens wellicht ook voor zelfverdediging nodig hebben. Bijvoorbeeld wegens de drone aanvallen door vermoedelijk de Houthis, als ook de raket aanvallen op een aantal KSA steden. Daarnaast voert KSA, UAE etc. aan dat zij de Jemenitische regering onder Hadi helpen met de gevraagde verdediging tegen de Houthis. Dit vergt dus nader overleg met PAX/PILP.

¹⁰⁰ P. Verbruggen, 'Private normen, risicoregulering en aansprakelijkheid', in: A. Böcker & P. Minderhoud (red.), *Reguleren en Procederen*, Nijmegen: Radboud Universiteit 2020, p. 23.



kan betoogd worden dat om de doelstellingen geformuleerd in de preambules van het Gemeenschappelijk Standpunt, de Verordening en ATT te waarborgen, de Staat onder bepaalde omstandigheden gebruik moet maken van haar recht om restrictiever te reguleren, waardoor dat recht omslaat in een verplichting.

154. Bij het aannemen van ‘zuiver nalaten’ is de rechter terughoudend. In 1975 formuleerde de Hoge Raad het in het Struikelende Broodbezorger-arrest als volgt:

“... dat echter van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarssituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen, in het algemeen (...) alleen sprake kan zijn, wanneer de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarssituatie zich voordoet;”¹⁰¹

155. In het scenario van PAX/PILP kan wel degelijk worden beargumenteerd dat de ernst van het gevaar tot het ‘bewustzijn’ van de Staat is doorgedrongen. Het betreft immers een beleidsterrein dat bijzondere verantwoordelijkheid met zich meedraagt.¹⁰² Regelgeving die gevaarlijke activiteiten reguleert, zoals regelgeving die het verkeer, de winning van aardgas of de omgang met ontplofbare stoffen reguleert, dient juist door algemene en voor herhaalde toepassing vatbare veiligheidsvoorschriften te stellen eraan bij te dragen dat reële en onmiddellijke gevaren voor de door art. 2 EVRM, art. 8 EVRM en/of art. 1 EP beschermde belangen voorkomen worden.¹⁰³ Hoewel het in dit geval niet de belangen van de eigen burgers betreft, is de verantwoordelijkheid niet voor niets ‘bijzonder’ en zou men kunnen zeggen dat die verder strekt. Op de extraterritoriale werking van deze verdragsbepalingen wordt nader ingegaan bij de beantwoording van deelvraag 5

156. Op dit moment is tegen de Staat een kort geding aanhangig gemaakt door sportschool Big Gym, dat vindt dat het ten onrechte de deuren nog niet mag openen voor publiek in verband met Covid-19. Daar bracht de Staat naar voren dat twijfel over schadelijke gevolgen een goede grond is om regelgeving niet uit te vaardigen en dat zij daarom gerechtvaardigd gebruikmaakt van haar beleidsvrijheid. Naar analogie met die redenering kan beargumenteerd worden dat twijfel over schadelijke gevolgen van wapenexport naar een bepaald conflictgebied de Staat ertoe zou moeten brengen om die export niet toe te staan, zo lang daarover geen zekerheid is.¹⁰⁴

II.9 Gebod/verbod

157. Rest nog de vraag of PAX/PILP een vordering vergezeld moeten laten gaan van een vordering tot een bevel op grond van artikel 3:296 BW. Vanzelfsprekend betreft het dan ofwel een gebod

¹⁰¹ HR 22 november 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5503, NJ 1975/149 (Struikelende Broodbezorger).

¹⁰² Hetgeen volgt uit punt 2 van de preambule van het Gemeenschappelijk Standpunt.

¹⁰³ Sanderink, D. G. J. ‘Overheidsaansprakelijkheid voor schending van de positieve verplichting om regelgeving uit te vaardigen,’ *Overheid en Aansprakelijkheid* 2016 (2016): 3-14.

¹⁰⁴ Niet gepubliceerd. Inhoudelijke behandeling op 20 mei 2020 (aangehouden in verband met binnenkort beschikbaar te komen onderzoeksrapport).



tot handelen indien onrechtmatig nalaten wordt aangenomen, ofwel een verbod in het geval van onrechtmatig (toekomstig) handelen.

158. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad vloeit voort dat de vraag of is voldaan aan de vereisten voor de oplegging van een verbod of bevel, moet worden beantwoord naar de toestand ten tijde van het te wijzen vonnis/arrest.¹⁰⁵
159. In 1981 overwoog de Raad:
*“Het Hof heeft — terecht — als twee zelfstandige vragen onderscheiden: 1. de vraag of overtreding van de ‘voorwaarden’ van de hinderwetvergunning van Van Dam in beginsel onrechtmatig is jegens Beukeboom c.s., en 2. de vraag of, indien de eerste vraag bevestigend beantwoord moet worden, deze omwonenden aanspraak kunnen maken op een met een dwangsom versterkt rechterlijk verbod. (...) Na de eerste vraag bevestigend beantwoord te hebben laat het Hof het antwoord op de tweede vraag hiervan afhangen, of de — onrechtmatige -overtredingen van de voorwaarden van de hinderwetvergunning voor omwonenden onaanvaardbare hinder opleveren, of er vrees voor herhaling van dit hinder opleverend gedrag bestaat, en of de belangen van Van Dam door het gevraagde verbod van toekomstige overtredingen niet onevenredig zouden worden geschaad.”*¹⁰⁶
160. Voor het opleggen van een verbod van verder onrechtmatig gedrag moet de overtreding onaanvaardbaar zijn, een vrees voor herhaling bestaan en mag er geen sprake zijn van onevenredig schaden van de belangen van de Staat. De vraag is of, als het oordeel van de rechter is dat vergunningverlening onder bepaalde omstandigheden naar het betrokken gebied onrechtmatig is, er voldoende vrees is voor herhaling dat wederom een vergunning wordt verstrekt terwijl de situatie niet verbeterd is. Dat zal moeten worden onderbouwd door te laten zien dat eerder vergunningen zijn verleend, terwijl de situatie zich daartoe niet leende.
161. Met betrekking tot het opleggen van een gebod aan de Staat is de uitspraak aangespannen door Urgenda relevant. In die zaak legde de rechter de Staat het bevel op aan haar verplichtingen te voldoen:
*“8.2.1
Indien de overheid tot iets verplicht is, kan zij daartoe, net als ieder ander, door de rechter worden veroordeeld op vordering van de gerechtigde (art. 3:296 BW). Dit is een fundamentele regel van de rechtsstaat, die is verankerd in onze rechtsorde. Die regel strookt wat betreft de rechten en vrijheden van het EVRM met het hiervoor in 5.5.1-5.5.3 genoemde recht op effectieve rechtsbescherming van art. 13 EVRM.”*¹⁰⁷
- 8.2.7
*Dit bevel komt (...) niet neer op een bevel om specifieke wetgevende maatregelen te nemen, maar laat de Staat vrij in de keuze van de te nemen maatregelen.”*¹⁰⁸

¹⁰⁵ T.E. Deurvorst, in: *Groene Serie Onrechtmatige Daad*, aant. II.2.1.2.2 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2018).

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1981, NJ 1981, 227, m.nt. C.J.H. Brunner.

¹⁰⁷ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.1, JA 2020/29.

¹⁰⁸ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, r.o. 8.2.7, JA 2020/29.

**Deelvraag 5: Grondslag onrechtmatig handelen van de Staat****I. Conclusie**

162. Een grondslag voor een onrechtmatige daad – dat wil zeggen los van de vergunningsverlening – kan niet zo eenvoudig worden gevonden in de mensenrechtenverplichtingen (EVRM en IVBPR) van de Staat. De discussie blijft zich in dat kader concentreren op de belangenafweging van de vergunningverlening.
163. Het internationaal humanitair recht lijkt daarentegen wel mogelijkheden te bieden. Het argument zou dan zijn dat Nederland door het toestaan van de wapenexporten een gewapend conflict faciliteert en daarmee in strijd handelt met Common Article 1. Dit argument is echter zeer contextgebonden, op basis van het onderzoeksscenario is het daarom lastig in te schatten of dit argument bruikbaar is.

II. Onderbouwing**II.2 Mensenrechtenverplichtingen: EVRM en IVBPR***Toepasselijkheid (extraterritoriale werking)*EVRM

164. Artikel 1 EVRM bepaalt dat Verdragsstaten de rechten uit het EVRM moet verzekeren aan eenieder die zich onder haar rechtsmacht bevindt. Het uitgangspunt is dat een staat enkel in uitzonderlijke gevallen grensoverschrijdende mensenrechtenverplichtingen heeft onder het EVRM ('extraterritoriale werking').¹⁰⁹ De ratio van extraterritoriale werking is dat landen niet op een ander grondgebied hun mensenrechtenverplichtingen kunnen schenden zonder daarvoor verantwoordelijkheid te dragen.¹¹⁰
165. In de zaak *Al Skeini v. VK*¹¹¹ heeft het EHRM zijn jurisprudentie over de extraterritoriale werking proberen te stroomlijnen.¹¹² Hieruit volgen twee hoofdcategorieën: (1) 'controle en autoriteit' over een individu; en (2) 'effectieve controle' over een vreemd grondgebied. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt een breed scala aan subcategorieën.¹¹³
166. De uitvoer van wapens is te plaatsen onder de categorie 'state's act on its own territory producing effect in another State'.¹¹⁴ Binnen deze categorie is extraterritoriale werking aangenomen in het kader van asiel- en uitzettingszaken. In *Tugar v. Italy* is geprobeerd om naar analogie de extraterritoriale werking van het EVRM naar de sfeer van wapenexport over te hevelen. Het ging in die zaak om een wapenexport van Italië naar Irak. Een Irakees staatsburger

¹⁰⁹ EHRM 12 december 2001, nr. 52207/99 (*Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other States*); EHRM 7 juli 2011 (Grote Kamer), nr. 55721/07 (*Al- Skeini/Verenigd Koninkrijk*)

¹¹⁰ EHRM 16 november 2004, nr. 31821/96 (*Issa/Turkije*), par. 71.

¹¹¹ EHRM 7 juli 2011 (Grote Kamer), nr. 55721/07 (*Al- Skeini/Verenigd Koninkrijk*)

¹¹² M. den Heijer, 'Rechtsmacht hangt ook uit de loop van een geweer', AA20150357, p.357-358.

¹¹³ Press Unit ECHR, Factsheet – Extra-territorial jurisdiction of States Parties, July 2018

¹¹⁴ P Loizidou v Turkey (ECtHR) app no 15318/89, 18 December 1996, par. 52; Press Unit ECHR, Factsheet – Extra-territorial jurisdiction of States Parties, July 2018, p.11.



diende een klacht in tegen Italië op de grond dat Italië niet aan de verplichting had voldaan zijn recht op leven zoals neergelegd in artikel 2 EVRM te beschermen, in het bijzonder omdat Italië geen adequaat wetgevingskader had voor de vergunningverlening van wapenexporten. Wanneer een dergelijk effectief kader er wel was geweest, had de export naar Irak nooit plaatsgevonden en was zijn leven niet in gevaar bracht, was het argument.

167. De zaak is niet-ontvankelijk verklaard. Volgens de EComHR gaat de analogie met uitzettingszaken, en dus het aannemen van extraterritoriale werking niet op vanwege het ontbreken van een directe link tussen de export en de mensenrechtenschendingen in het land van ontvangst. Deze directe link “causation” is essentieel voor het aannemen van een extraterritoriale verplichting en vergt dat.¹¹⁵

“The applicant’s injury can not be seen as a direct consequence of the failure of the Italian authorities to legislate on arms transfers. There is no immediate relationship between the mere supply, even if not properly regulated, of weapons and the possible ‘indiscriminate’ use thereof in a third country, the latter’s action constituting the direct and decisive cause of the accident which the applicant suffered.

It follows that the “adverse consequences” of the failure of Italy to regulate arms transfers to Iraq are “too remote” to attract the Italian responsibility.”¹¹⁶

168. Deze zaak illustreert hoe ingewikkeld het is een extraterritoriale positieve verplichting op te leggen aan het land van export.¹¹⁷ In de Tugar-zaak had de staat het export overigens niet geautoriseerd en was Italië volgens het EHRM onvoldoende betrokken (“too remote”) bij de vermeende verdragsschending. Dit ligt dus mogelijk anders in het kader van een vergunningverlening/autorisatie.¹¹⁸ In de literatuur is er verder op gewezen dat de introductie van internationale verplichtingen rondom wapenexporten waarin ook grensoverschrijdende mensenrechtenverplichtingen erkend worden, kan bijdragen aan het creëren van de vereiste directe link.¹¹⁹ Inmiddels zijn de ATT¹²⁰ en Gemeenschappelijk Standpunt van kracht waarin deze aspecten zijn vastgelegd.

169. Daarom kan beargumenteerd worden dat onder de huidige bestaande internationale verplichtingen de in *Tugar v. Italy* ontbrekende link gevonden kan worden. Er bestaan nu immers duidelijke verplichtingen voor de Staat rondom de vergunningsverlening waardoor de

¹¹⁵ M. Brehm, ‘The Arms Trade and States’ Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law’ 2007, p. 381.

¹¹⁶ EComHR *Tugar v. Italy* 1995 no 22869/93, (paragrafen uitspraak niet genummerd).

¹¹⁷ A. Boivoin, ‘Complicity and beyond’, *International review of the Red Cross* 2005 volume 87 nr 859, p. 479 e.v.; M. Brehm, ‘The Arms Trade and States’ Duty to Ensure Respect for Humanitarian and Human Rights Law’ 2007, p. 381.

¹¹⁸ S. Casey-Maslen in: ‘The Arms Trade Treaty: A Commentary’, Oxford University Press 2016, nr. 6.76-6.77.

¹¹⁹ A. Boivoin, ‘Complicity and beyond’, *International review of the Red Cross* 2005 volume 87 nr 859, p. 480; S. Casey-Maslen in: ‘The Arms Trade Treaty: A Commentary’, Oxford University Press 2016, nr. 6.78: met betrekking tot het aantonen van de vereiste directe link (“causation”) wordt de link gelegd met artikel 6 paragraaf 2 en 3 ATT.

¹²⁰ Wanneer voorspelbaar is dat de wapens gebruikt worden voor moord, marteling of andere onmenselijke behandelingen, kunnen artikel 6 paragraaf 2 dan wel 3 AT een rol spelen. Deze verbieden autorisatie wanneer dit in strijd is met internationale verplichtingen (par. 2) of wanneer de staat op het moment van vergunningverlening wetenschap heeft dat de wapens gebruikt worden voor misdrijven tegen de menselijkheid of andere ernstige schendingen van humanitair recht (par. 3). Zie over uitleg begrip ‘knowledge’ en de vereisten daarvoor: S. Casey-Maslen in: ‘The Arms Trade Treaty: A Commentary’, par. 6.93.



Staat ook een actieve rol heeft in de wapenexporten. Extraterritoriale werking van het EVRM lijkt daarom zeker niet uitgesloten.

IVBPR

170. Art. 2 IVBPR bepaalt dat alle staten gehouden zijn de rechten uit het IVBPR te eerbiedigen en te verzekeren voor eenieder die binnen zijn grondgebied verblijft en aan zijn rechtsmacht is onderworpen. Uit General Comment no. 31 volgt dat deze verplichtingen zich ook uitstrekken tot buiten het eigen grondgebied.¹²¹ In *López Burgos v Uruguay* benadrukte het VN-Mensenrechtencomité dat niet het grondgebied maar de verhouding tussen de staat en het slachtoffer in relatie tot de verdragsschending bepalend is voor de extraterritoriale werking van het IVBPR:

*“The reference in that article is not in the place where the violation occurred, but rather to the relationship between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred.”*¹²²

Uit de conclusie van het VN-Mensenrechtencomité is dan ook op te maken dat het mechanisme van extraterritoriale werking juist moet voorkomen dat staten aan hun verantwoordelijkheid kunnen ontkomen enkel omdat de schendingen op een ander grondgebied zijn begaan:

“In line with this, it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory.”

171. Ook het Internationaal Gerechtshof volgt de rechtspraak en redenering van het VN-Mensenrechtencomité bij toepassing van het IVBPR in voorliggende zaken.¹²³ De maatstaf is of de Verdragsstaat ‘power or effective control’ uitoefent over de betrokken personen.¹²⁴ Dit geldt ook in conflictsituaties.¹²⁵ De maatstaf wordt door het VN-Mensenrechtencomité niet zo nauw uitgelegd dat een staat fysieke controle over een persoon moet hebben (zoals tijdens een verhoor of in hechtenis), maar lijkt vooral betrekking te hebben op de vraag of de staat controle heeft over de situaties die leiden tot schendingen van het IVBPR.¹²⁶ Ook het Internationaal

¹²¹ General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, par. 10

¹²² Delia Saldias de Lopez v. Uruguay, Communication No. 52/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 88 (1984), par. 12.2.

¹²³ Amnesty International’s submission regarding the extraterritorial scope of the ICCPR, General Assembly Resolution 68/167 (beschikbaar op: <https://www.amnesty.org/download/Documents/4000/act300032014en.pdf>); ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, 9 July 2004, General List, No.131 par. 109-111. Armed Activities in the territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v Uganda) [2005] ICJ Rep 168, par. 220.

¹²⁴ General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, par. 10

¹²⁵ Idem, par. 11

¹²⁶ Amnesty International’s submission regarding the extraterritorial scope of the ICCPR, General Assembly Resolution 68/167 (beschikbaar op: <https://www.amnesty.org/download/Documents/4000/act300032014en.pdf>); *Montero v Uruguay* (1983) Communication 106/1981, UN Doc CCPR/C/OP/2 (HRC) [5]; HRC, ‘Concluding Observations: Iran’ (1993) UN Doc CCPR/C/79/Add.25 [9]; *Mbenge v Zaire* (1983) Communication 16/1977, UN Doc CCPR/C/OP/2 (HRC) [21]; HRC, ‘Concluding Observations: Croatia’ (19

De Inter-American Commission on Human Rights, African Commission on Human Rights, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, and the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, hebben al hun mensenrechteninstrumenten op soortgelijke wijze toegepast op situaties waarin een staat geen controle had over het grondgebied of fysieke controle over personen, zie Amnesty International’s submission regarding the extraterritorial scope of the ICCPR, General Assembly Resolution 68/167 (beschikbaar op:

<https://www.amnesty.org/download/Documents/4000/act300032014en.pdf>)



Gerechtshof heeft de maatstaf voor extraterritoriale werking van het IVBPR op die manier toegepast.¹²⁷

172. Ook de niet-directe causale link tussen het autoriseren van de export en de schendingen van het IVBPR hoeft niet aan extraterritoriale werking in de weg te staan zo volgt uit *Munaf v Romania*. Het VN-Mensenrechtencomité oordeelde dat extraterritoriale werking ook mogelijk is wanneer de verdragsstaat onderdeel uitmaakt van de causale keten die leidt tot mogelijke schendingen van het IVBPR.

*“a State party may be responsible for extra-territorial violations of the Covenant, if it is a link in the causal chain that would make possible violations in another jurisdiction.”*¹²⁸

173. In het onderzoeksscenario zou dus betoogd kunnen worden dat extraterritoriale werking van het IVBPR uitgaat, omdat Nederland controle heeft over het autoriseren van de wapenexport wat vervolgens leidt tot schending van het IVBPR op een ander grondgebied.

EVRM en IVBPR besloten in 6:162 BW

174. Uit onderstaande overweging in de Srebrenica-zaak (2019) volgt dat de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW wordt ingevuld met de aan het EVRM en IVBPR ontleende normen met betrekking tot het recht op leven, of het EVRM en het IVBPR nu van toepassing zijn of niet. Hieruit lijkt dus te volgen dat de vraag of extraterritoriale werking aangenomen kan worden of niet, niet zo van belang is. De maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 BW is immers gelijk aan de normen uit het EVRM en het IVBPR:

“4.2.2

*Het hof heeft in rov. 38.2-38.6 geoordeeld dat de Staat (door middel van Dutchbat) tijdens de voor deze zaak relevante periode vanaf 11 juli 1995 23:00 uur op de compound rechtsmacht had in de zin van art. 1 EVRM en art. 2 lid 1 IVBPR. Het hof heeft dat ten aanzien van de **mini safe area** buiten de compound niet vastgesteld. Het heeft echter wel in rov. 38.7 geoordeeld dat, ook als de bepalingen van het EVRM en het IVBPR wegens het ontbreken van rechtsmacht niet op het optreden van Dutchbat van toepassing zouden zijn, dit voor de beoordeling van de vorderingen geen verschil zou maken, omdat de aan het EVRM en het IVBPR ontleende normen – waarmee het hof met name doelt op de normen die strekken tot bescherming van het recht op leven en de integriteit van het menselijk lichaam – ook in het Nederlandse recht besloten liggen, in die zin dat een overtreding van die normen in strijd moet worden geacht met de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid. Dit oordeel is in cassatie niet bestreden en dient dus tot uitgangspunt.*

*Dat brengt mee dat voor de beoordeling van het handelen van Dutchbat in de **mini safe area** – zowel binnen de compound als daarbuiten – bepalend is of Dutchbat in strijd heeft gehandeld met de aan art. 2 en 3 EVRM ontleende en in de zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW*

¹²⁷ Amnesty International’s submission regarding the extraterritorial scope of the ICCPR, General Assembly Resolution 68/167 (beschikbaar op: <https://www.amnesty.org/download/Documents/4000/act300032014en.pdf>); Armed Activities in the territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v Uganda) [2005] ICJ Rep 168, par. 220.

¹²⁸ *Munaf v Romania* (2009) UN Doc CCPR/C/96/D/1539/2006 (HRC).



*besloten liggende normen die strekken tot bescherming van het recht op leven en de integriteit van het menselijk lichaam. Dat ligt niet anders indien het IVBPR wordt toegepast.*¹²⁹

175. De vervolgvraag is daarom wat die normen inhouden en of deze een materiële grondslag bieden voor een ‘bredere’ onrechtmatige daad.

Materiële grondslag

EVRM

176. Artikel 2 EVRM garandeert het recht op leven. De staat heeft zowel de negatieve verplichting zich van een inbreuk te onthouden, als de positieve verplichting dit recht actief te beschermen. De positieve verplichting betreft in de eerste plaats een algemene verplichting *“to take all appropriate steps to safeguard life for the purposes of Article 2.”*¹³⁰ Deze positieve verplichting valt uiteen in een materiële en procedurele component. Deze laatste is niet relevant voor het onderzoeksscenario en blijft daarom buiten beschouwing.
177. De materiële verplichtingen brengen in de eerste plaats mee dat de staat moet voorzien in *“a legislative and administrative framework designed to provide effective deterrence against threats to the right to life.”*¹³¹ Die wetgeving moet ook worden gehandhaafd. In het kader daarvan moeten de bijzondere kenmerken van de gereguleerde activiteit in acht worden genomen:
*“(…) special emphasis must be placed on regulations geared to the special features of the activity in question, particularly with regard to the level of the potential risk to human lives. They must govern the licensing, setting up, operation, security and supervision of the activity and must make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection of citizens whose lives might be endangered by the inherent risks.”*¹³²
178. Beargumenteed zou kunnen worden dat Nederland niet op juiste wijze aan deze wetgevingsverplichting heeft voldaan. Een nadeel is dat de discussie zich wederom op het wettelijk kader (en toepassing daarvan) van de vergunningverlening zal concentreren.
179. Daarnaast kan onder omstandigheden een verplichting bestaan feitelijke maatregelen te nemen om het recht op leven te beschermen, onder meer bij risicovolle activiteiten.¹³³ Van belang is dat deze verplichtingen moet worden geïnterpreteerd *“in a way which does not impose an impossible or disproportionate burdens on the authorities, bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources”*.¹³⁴

¹²⁹ HR, 19-07-2019, nr. 17/04567, ECLI:NL:HR:2019:1223 (Srebrenica), r.o. 4.2.2.

¹³⁰ EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, RJ&D ECHR 2004-XII; NJ 2005, 210, (Öneryildiz/ Turkije), par. 89; EHRM 9 juni 1998, RJ&D ECHR 1998-III, NJ 1999, 283, (L.C.B./Verenigd Koninkrijk), par. 36.

¹³¹ EHRM (Grote Kamer) 30 november 2004, RJ&D ECHR 2004-XII; NJ 2005, 210, § 89 (Öneryildiz/ Turkije), par. 89.

¹³² Idem, par. 90.

¹³³ E. Gijselaar, ‘Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?’, *NTM/NJCM bulletin* 2016/11.

¹³⁴ EHRM 20 december 2011, nr. 18299/03 (Finogenov e.a./Rusland), par. 209.



180. De meer algemene maatstaf voor het nemen van maatregelen is geformuleerd in *Osman v. VK*. Beoordeeld moet worden of:
“(…) *the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk*”.
- Dit criterium is niet beperkt tot criminele veiligheidsrisico's, er kan bijvoorbeeld ook een positieve verplichting bestaan om preventief te handelen ter bescherming van de samenleving als geheel.¹³⁵ De vraag of een staat alles heeft gedaan dat redelijkerwijs van hem kon worden verwacht, moet worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval.¹³⁶
181. Indien beargumenteerd wordt dat de Staat artikel 2 EVRM heeft geschonden omdat geen feitelijke maatregelen zijn genomen om het recht op leven van de slachtoffers in het conflictgebied/land van invoer te beschermen, moet gesteld en zo nodig bewezen worden dat: (1) de staat kennis had of behoorde te hebben van de risicovolle situatie (de omstandigheden in het land van invoer) voor een identificeerbare groep personen in een concrete situatie, en (2) dat de situatie een reëel en onmiddellijk risico vormde voor één of meer specifieke individuen. De term 'reëel risico' wordt in de literatuur ook wel gelezen als de mate van waarschijnlijkheid dat de schade zich zal voordoen.¹³⁷ De term 'onmiddellijk risico' als de mate van afwendbaarheid van het intreden van het risico.¹³⁸
182. Indien aan deze voorwaarden is voldaan had de Staat de maatregelen dienen te treffen die naar redelijke verwachting tot afwijking van het risico zullen leiden en geen disproportionele last opleggen aan de Staat in de zin van beschikbare middelen.
183. Mogelijk kan betoogd worden dat de Staat in het onderzoeksscenario een positieve verplichting heeft om haar discretionaire bevoegdheid uit te oefenen om de vergunning te herzien of in te trekken zoals neergelegd in artikel 15 Besluit strategische goederen (nr. 125, 132). Het argument is dan dat het risico op schade als gevolg van de wapenexport dermate waarschijnlijk is dat de Staat gebruik *moet* maken van haar discretionaire bevoegdheid, in het bijzonder omdat het risico daarmee afgewend kan worden zonder dat dit een disproportionele last voor de Staat meebrengt. De onrechtmatigheid is dan dus gelegen in het nalaten van de Staat dat te doen. Deze constructie vergt wel nader (jurisprudentie)onderzoek.
184. Indien PAX/PILP andere feitelijke maatregelen los van de vergunningsverlening in gedachten hebben, zou onder verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM over feitelijke maatregelen

¹³⁵ A-G bij HR, 19-07-2019, nr. 17/04567 ((Srebrenica), par. 5.11; EHRM *Tagayeva/Rusland*; D.J. Harris e.a., Harris, O'Boyle & Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 212.

¹³⁶ EHRM 28 oktober 1998, nr. 23452/94 (*Osman/Verenigd Koninkrijk*), par. 116; EHRM 28 maart 2000, nr. 22492/93 (*Kiliç/Turkije*), par. 63.

¹³⁷ E. Gijsselaar, *Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?*, NTM/NJCM-bull 2016/11

¹³⁸ *Idem*.



betoogd kunnen worden dat de Staat niet aan deze verplichting heeft voldaan. Voor het optuigen van dit argument is eveneens nader jurisprudentieonderzoek geboden.¹³⁹

185. Meer specifiek op het onderzoeksscenario toegesneden, is de zaak *Binişan v. Roemenië*. Wanneer een staat een activiteit organiseert of autoriseert waar inherente gevaren aan kleven (zoals het autoriseren van wapenexporten), geldt dat:
“72. *The Court reiterates that whenever a State undertakes or organises dangerous activities, or authorises them, it must ensure through a system of rules and sufficient control that the risk is reduced to a reasonable minimum. If damage nevertheless arises, it will only amount to a breach of the State’s positive obligations if it was due to insufficient regulations or insufficient control, but not if the damage was caused through the negligent conduct of an individual or the concatenation of unfortunate events (...).*”¹⁴⁰
186. Als desondanks ‘schade’ ontstaat, kan een mensenrechtenschending dus alleen aan de orde zijn wanneer dit het gevolg is van ontoereikende regelgeving of controle. Deze standaard is mogelijk interessant op het moment dat de Staat een vergunning heeft uitgegeven voor een langere periode en de omstandigheden tussentijds veranderen. Op basis hiervan zou dan – vergelijkbaar met nr. 183 – beargumenteerd kunnen worden dat op de Staat in het onderzoeksscenario een positieve verplichting rust om de vergunning te herzien of in te trekken in overeenstemming met artikel 7 lid 7 ATT¹⁴¹, artikel 15 Besluit Strategische Goederen¹⁴², en indien de wijzigingen zoals voorgesteld in de Council Decision worden overgenomen, artikel 1 lid 1 sub a van het (geamendeerde) Gemeenschappelijk Standpunt¹⁴³. Indien de onrechtmatigheid van dit nalaten wordt vastgesteld kan mogelijk ook toekomstige schade worden verhinderd.

IVBPR

187. Artikel 6 IVBPR garandeert het recht op leven. Uit het Commentaar van het VN-Mensenrechtencomité volgt dat het recht op leven niet nauw dient te worden uitgelegd.¹⁴⁴ Ook het IVBPR schept zowel een negatieve verplichting voor staten om zich van schendingen te onthouden, als een positieve verplichting om individuen actief te beschermen. Deze plicht strekt

¹³⁹ Zie hierover E. Gijselaar, Positieve verplichtingen om feitelijke maatregelen te nemen: voldoet het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht?, NTM/NJCM-bull 2016/11.

¹⁴⁰ EHRM 20 mei 2014, 39438/05 (*Binişan/Roemenië*), par. 72; ‘Relativiteit en het EVRM een overdenking naar aanleiding van de zaak over het schietincident in Alphen aan den Rijn’ juni 2016 [blog.ucall.nl <beschikbaar via blog.ucall.nl/index.php/2016/06/relativiteit-en-het-evrm-een-overdenking-naar-aanleiding-van-de-zaak-over-het-schietincident-in-alphen-aan-den-rijn/>](http://blog.ucall.nl/2016/06/relativiteit-en-het-evrm-een-overdenking-naar-aanleiding-van-de-zaak-over-het-schietincident-in-alphen-aan-den-rijn/)

¹⁴¹ Artikel 7 lid 7 ATT: ‘If, after an authorization has been granted, an exporting State Party becomes aware of new relevant information, it is encouraged to reassess the authorization after consultations, if appropriate, with the importing State.’

¹⁴² Artikel 15 Besluit Strategische goederen: ‘Onze Minister kan een individuele uitvoervergunning of een globale uitvoervergunning in ieder geval intrekken indien:

a. de vergunning is verstrekt op grond van onjuiste of onvolledige gegevens of
b. de voorschriften en voorwaarden van de vergunning niet in acht zijn genomen.’

De grond ‘gewijzigde omstandigheden’ wordt niet expliciet als grond in het artikel genoemd, maar beargumenteerd kan worden dat dit wel hieronder valt. De aanhef van het artikel spreekt immers over ‘de minister kan *in ieder geval*’, wat impliceert dat de minister niet gebonden is in de in het artikel opgesomde gronden.

¹⁴³ Voorgesteld artikel 1 lid 1 sub a: ‘1a. Where new relevant information becomes available, each Member State is encouraged to reassess export licences for items on the EU Common Military List after they have been granted.’ Council Decision (CFSP) 2019/1560 of 16 September 2019 (L239/16).

¹⁴⁴ General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life, par. 3



zich uit tot “*reasonably foreseeable threats and life-threatening situations that can result in loss of life. (...) even if such threats and situations do not result in loss of life.*”¹⁴⁵

188. In de General Comment wordt ook expliciet verwezen naar de rol van staten in wapenhandel: “*States parties engaged in the deployment, use, sale or purchase of existing weapons and in the study, development, acquisition or adoption of weapons, and means or methods of warfare, must always consider their impact on the right to life*”.¹⁴⁶

Daarnaast wordt nog eens benadrukt dat:

“*States also have obligations under international law not to aid or assist activities undertaken by other States and non-State actors that violate the right to life.*”¹⁴⁷

189. Wat betreft de concrete verplichtingen onder artikel 6 IVBPR, zijn staten evenals onder het EVRM verplicht te voorzien in een adequaat juridisch kader om individuen tegen schendingen te beschermen.¹⁴⁸ Daarnaast geldt dat:

“*...[states] must take appropriate measures to protect individuals against deprivation of life by other States, international organizations and foreign corporations operating within their territory or in other areas subject to their jurisdiction. They must also take appropriate legislative and other measures to ensure that all activities taking place in whole or in part within their territory and in other places subject to their jurisdiction, but having a direct and reasonably foreseeable impact on the right to life of individuals outside their territory.*”¹⁴⁹

Deze verplichting geldt (onder omstandigheden) dus ook extraterritoriaal.

190. Het is wederom zeer de vraag of uit het voorgaande een grondslag voor een bredere onrechtmatige daad kan worden afgeleid. Het wetgevingskader valt in ieder geval af omdat dit betrekking heeft op de wijze waarop de vergunningverlening is geregeld. Met betrekking tot de andere geschikte maatregelen is het weer de vraag wat voor maatregelen de Staat dan genomen zou moeten hebben, afgezien van het niet- of op zorgvuldigere wijze verlenen van de vergunning.

Inpassing mensenrechten in artikel 6:162 BW

191. De hiervoor besproken maatstaven uit het EVRM en IVBPR werken door in de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm uit art. 6:162 BW. Uit de Srebrenica-zaak (2019) volgt de maatstaf waarlangs de Nederlandse rechter schending van de verdragsbepalingen heeft te beoordelen:

“*Bij de beoordeling of het optreden van Dutchbat onrechtmatig was omdat hij in strijd met de in art. 6:162 BW neergelegde zorgvuldigheidsnorm heeft gehandeld, moet dus worden onderzocht of de leiding van Dutchbat op het moment van handelen wist of redelijkerwijs had moeten weten dat er een reëel risico¹⁵⁰ bestond dat de door de art. 2 en 3 EVRM beschermde*

¹⁴⁵ Idem, par. 7.

¹⁴⁶ Idem, par. 8.

¹⁴⁷ Idem, par. 63.

¹⁴⁸ Idem, par. 18.

¹⁴⁹ Idem, par. 18, 22.

¹⁵⁰ ‘Reëel risico’ betreft de standaard ‘real risk’ uit *Soering v. VK* (EHRM 7 juli 1989 (Soering/Verenigd Koninkrijk), par. 91), HR, 19-07-2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (Srebrenica), r.o. 5.8; In de context van uitzettingszaken is de maatstaf dat er zijn: “*substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm*”. Een enkele mogelijkheid is onvoldoende, J.



rechten van de Bosnische vluchtelingen zouden worden geschonden en, zo ja, of Dutchbat heeft nagelaten de maatregelen te nemen die – gelet op alle omstandigheden van het geval – redelijkerwijs van hem konden worden verwacht om dat risico te vermijden.¹⁵¹

192. Deze maatstaf komt in feite dus neer op de beoordeling van de belangenafweging van de Staat en of daarbij de redelijkerwijs te verwachten maatregelen zijn getroffen om het recht op leven zoveel mogelijk te beschermen. Het is wederom zeer de vraag aan welke maatregelen in het kader van het onderzoeksscenario gedacht kan worden. Daarnaast is de te beoordelen belangenafweging, de afweging die is gemaakt in het kader van het al dan autoriseren van de wapenexport. Langs deze maatstaf lijkt het met andere woorden onvermijdelijk dat dat de discussie zich wederom op de vergunningverlening zal concentreren en niet op een ‘bredere’ onrechtmatige daad.

Complicatie: bewijslevering

193. Ook de bewijslevering kan een complicatie opleveren. De beoordeling van de onrechtmatige daad heeft betrekking op de belangenafweging van de Staat. Omdat er geen zicht is op hoe deze tot stand is gekomen,¹⁵² kan de rechter daar ook niet over oordelen. Dat betekent dus dat er met WOB-verzoeken gewerkt moet worden om deze feiten ter tafel te krijgen.

II.2 Internationaal humanitair recht

Toepasselijkheid

194. Het IHR recht is van toepassing op internationale conflicten. Indien Nederland wapens levert aan een conflictgebied en daarmee een bijdrage levert aan dat conflict, kan het IHR een rol spelen:

“When a State transfers military weapons or equipment, it is providing the recipient with the means to engage in armed conflict, the conduct of which is regulated by international humanitarian law (IHL).”¹⁵³

195. Of het IHR ook rechten toekent aan individuen en dus door individuen voor een nationale rechter ingeroepen kan worden, is aan discussie onderhevig. Op basis van de literatuur lijkt de opvatting dat het IHR inmiddels wel rechten aan individuen toekent en de traditionele opvatting dat het IHR enkel geldt tussen staten gedateerd.¹⁵⁴ De inroepbaarheid van het IHR door individuen is ook eerder door de Nederlandse rechter erkend.¹⁵⁵

Vervaele, 'European Evidence Warrant: Transnational Judicial Inquiries in the EU', Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005, p. 88 (online).

¹⁵¹ HR, 19-07-2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 (Srebrenica), r.o 4.2.5.

¹⁵² Ook precies het punt wat PAX/PILP willen aankaarten, maar zolang daar nog niets in veranderd is een procedureel obstakel.

¹⁵³ ICRC, 'Arms Transfer Decisions: Applying International Humanitarian Law and International Human Rights Law Criteria – a Practical Guide', p. 4.

¹⁵⁴ L. Hill-Cawthorne, 'Rights under International Humanitarian Law', *European Journal of International Law*, Volume 28, Issue 4, section C.

¹⁵⁵ Lura Dedovic e.a. tegen Wim Kok, Gerechtshof Amsterdam, Vierde Meervoudige Burgerlijke Kamer, 6 juli 2000, LJN: AO0070, 759.99 SKG.



Materiële grondslag

196. Omdat Nederland niet direct betrokken is bij het conflict waar de wapens naar worden geleverd, lijkt Common Article 1 de meest voor de hand liggende grondslag voor een vordering op grond van IHR. Common Article 1 verplicht staten tot het respecteren van de Geneefse Conventies en tot het verzekeren daarvan in alle omstandigheden. Uit het Commentaar van het Internationaal Comité van het Rode Kruis (ICRC) volgt dat dit artikel zowel een negatieve als positieve verplichting voor staten behelst.¹⁵⁶
197. De negatieve verplichting verplicht staten tot het niet aanmoedigen, helpen of assisteren in schendingen van de Verdragen. Uit *IGH Nicaragua* volgt dat indien er kennis is dat in een land schendingen gepleegd worden en deze schendingen “likely or foreseeable” zijn, er een verplichting bestaat alle steun dat als ‘aanmoedigen’ kwalificeert (en waarschijnlijk ook: helpen of assisteren), stop te zetten¹⁵⁷:
*“When considering whether the [act] (...) encouraging the commission of acts contrary to general principles of humanitarian law, is unlawful, it is material to consider whether that encouragement was offered to persons in circumstances where the commission of such acts was likely or foreseeable.”*¹⁵⁸
De positieve verplichting ziet op het nemen van gepaste stappen op dergelijke schendingen te beëindigen.
198. Over wapenhandel naar een conflictgebied merkt het ICRC in relatie tot Common Article 1 op – zoals ook is verwerkt in de ATT en het Gemeenschappelijk Standpunt:
*“Under Article 1 common to the Geneva Conventions of 1949, States have an obligation to “respect and ensure respect” for IHL. To ensure that violations of IHL are not facilitated by unregulated access to arms and ammunition, it is critical that arms transfer decisions include a consideration of whether the recipient is likely to respect IHL. It is similarly crucial to ensure that violations of international human rights law are not facilitated by assessing the likelihood that the receiving State will respect human rights.”*¹⁵⁹
*“States that transfer weapons can be considered particularly influential in ‘ensuring respect’ for international humanitarian law owing to their ability to provide or withhold the means by which violations may be committed. They should therefore exercise particular caution to ensure that the weapons transferred are not used to commit serious violations of this law.”*¹⁶⁰

¹⁵⁶ ICRC, ‘Arms Transfer Decisions: Applying International Humanitarian Law and International Human Rights Law Criteria – a Practical Guide’, box 3, p.13.

¹⁵⁷ O. Hathaway, A. Francis, A. Yamamoto, S. R. Kethireddy & A. Haviland ‘Common Article 1 and the U.S. Duty to Ensure Respect for the Geneva Conventions in Yemen’ justsecurity.org <beschikbaar via: <https://www.justsecurity.org/55415/common-article-1-u-s-duty-ensure-respect-geneva-conventions-yemen/>>

¹⁵⁸ IGH 26 november 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua/United States)*, par. 256

¹⁵⁹ ICRC, ‘Arms Transfer Decisions: Applying International Humanitarian Law and International Human Rights Law Criteria – a Practical Guide’, p. 4.

¹⁶⁰ Idem, box 3, p.13.



199. In het licht hiervan zou de wapenexport naar een conflictgebied of land dat bij een conflict is betrokken wellicht kunnen gelden als dergelijk aanmoedigen of steun. Het argument is dan dat Nederland door het toestaan van de wapenexporten naar conflictgebieden, ondanks de berichtgeving over schendingen van het IHR, assisteert in schendingen van het IHR en dus in strijd handelt met Common Article 1. Zowel onder het internationaal recht als internationaal strafrecht kan dit als aanmoediging worden gezien.¹⁶¹
200. De vraag wanneer er sprake is van assisteren is echter zeer contextgebonden.¹⁶² Wanneer het om een relatief kleine levering gaat naar een gebied dat wel in conflict is maar de ernst daarvan ook (relatief gezien) beperkt is, zou het wellicht te ver gaan om te spreken van assisteren. Andersom geldt dat dit argument misschien wel hout snijdt wanneer het gaat om een grote levering naar een ernstig geëscaleerd conflictgebied en Nederland derhalve een substantiële bijdrage levert.
201. Ook in dit verband speelt bewijslevering natuurlijk een rol. De vereisten voor de bewijslevering om een dergelijk ‘assisteren’ te staven, dienen nader onderzocht te worden indien dit argument op basis van de voorliggende feiten bruikbaar lijkt.

II.3 Internationale staatsaansprakelijkheid

202. Tenslotte kan gewezen worden op de route van de staatsaansprakelijkheid zoals neergelegd in de Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA).¹⁶³ Dit betreft echter internationaal recht en is dus enkel inroepbaar door staten. Aangezien dit op de korte termijn (zie hierna) de minst voor de hand liggende route is en vanwege de omvang van het onderwerp, valt dit buiten het bereik van dit onderzoek.
203. Volledigheidshalve kan gewezen worden op artikel 16 ARISWA op grond waarvan een staat aansprakelijk kan worden gesteld voor het helpen of assisteren in een internationale onrechtmatige daad:
“a State is responsible if it aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act, at least provided that (a) that State does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act (hereafter: the knowledge requirement); and (b) the act would be in-ternationally wrongful if committed by that State.”

¹⁶¹ In de zaak tegen de Nederlandse hondenleverancier Four Winds K9 over de levering van vechthonden aan Israël, werd bijvoorbeeld gesteld dat er sprake was van medeplichtigheid in de zin van artikel 25 van het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof (‘aiding and abetting’) aan een oorlogsmisdrijf. Verder werd een beroep gedaan op de artikelen 33 en 147 van de Vierde Geneefse Conventie met betrekking tot de inzet van de honden door het leger tegen de (Palestijnse) burgerbevolking. ‘Re. The Export of Dutch Service Dogs to Israel’ open letter Al-Haq ref. 116/2015 6 november 2015 <beschikbaar via: <http://www.alhaq.org/advocacy/6471.html>>; De zaak is geschikt ‘Supplier of Israeli attack dogs that bit a Palestinian boy in 2014 settles with victim’ 5 oktober 2018 Prakken d’Oliveira <beschikbaar via: <https://www.prakkendoliveira.nl/en/news/2018/supplier-of-israeli-attack-dogs-that-bit-a-palestinian-boy-in-2014-settles-with-victim>>.

¹⁶² O. Hathaway, A. Francis, A. Yamamoto, S. R. Kethireddy & A. Haviland, ‘Common Article 1 and the U.S. Duty to Ensure Respect for the Geneva Conventions in Yemen’, *justsecurity.org* <beschikbaar via: <https://www.justsecurity.org/55415/common-article-1-u-s-duty-ensure-respect-geneva-conventions-yemen/>>, (geraadpleegd op 25 maart 2020)

¹⁶³ Een handig artikel is: S. Zwijsen, M. Kanetake & Cedric Ryngaert, ‘The Law of State Responsibility and the Arms Trade Treaty’, *AA* 20200151.



204. Voor de inroepbaarheid van de ARISWA zou een constructie gezocht kunnen worden. Een interessant voorbeeld is de zaak *Gambia v. Myanmar* waar een derde staat (Gambia) bereid bleek om een internationale onrechtmatige daadsactie in te stellen tegen Myanmar.¹⁶⁴ Dit is evident geen werkbaar alternatief op korte termijn, maar hier nader onderzoek naar laten doen kan interessant zijn.

CONFIDENTIAL

¹⁶⁴ L. Hunt, 'Gambia's genocide case against Myanmar shows that smaller countries can also help balance the scales of international justice', equaltimes.com <<https://www.equaltimes.org/gambia-s-genocide-case-against?lang=en#.XsFCthMzZmB>>; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*The Gambia v. Myanmar*), dossier beschikbaar via International Court of Justice <<https://www.icj-cij.org/en/case/178>> (geraadpleegd op 27 maart 2020).



DEEL II: ONDERBOUWING BEVINDINGEN PROCEDURE TEGEN HET WAPENEXPORT-BEDRIJF

Onderzoeksvragen

- 3) *Hoeveel kans van slagen heeft een kort geding tegen de leverancier om de uitvoer te voorkomen zolang de procedure tegen de Staat loopt?*
- 4) *Wanneer kan een bedrijf worden aangesproken op ongeschreven zorgvuldigheidsnormen?*

Inleiding

205. De overheid is belast met het toezicht op de handel in militair materieel. Uiteindelijk wordt dit materieel echter geleverd door private bedrijven. Het is dus ook belangrijk om te weten welke manieren er zijn om op te komen tegen bedrijven actief zijn binnen de wapenexport. In dit gedeelte van het onderzoek zal worden stilgestaan bij twee routes die kunnen worden gebruikt om te voorkomen dat een bedrijf wapens uitvoert. Het eerste gedeelte staat in het teken van wapenexport onder een onrechtmatig verleende vergunning. Gekeken zal worden of een gebrekkige vergunning kan leiden tot een toegewezen verbodsvordering voor de uitvoer van wapens in een kort geding. In het tweede gedeelte wordt ingegaan op de zelfstandige verplichtingen die bedrijven hebben in het licht van de UN Guiding Principles on Business and Human Rights en de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen. Voorts wordt aan de hand van rechtspraak bekeken in hoeverre er bindende verplichtingen kunnen volgen uit deze kaders. Gekeken wordt naar de verplichtingen van het bedrijf die los staan van een rechtmatig verleende vergunning.

Bevindingen en onderbouwing per onderzoeksvraag

Onderzoeksvraag 3: Kansrijkheid kort geding tegen de leverancier

I. Conclusie

206. Het is lastig in te schatten welke uitkomst een kort geding heeft zonder concrete feiten en omstandigheden te hebben voor een specifieke casus. De voorzieningenrechter heeft een grote mate van vrijheid bij het toe- en afwijzen van voorlopige voorzieningen. Bovendien speelt het afwegen van de verschillende belangen een grote rol, hetgeen naar zijn aard casuïstisch is.
207. De voorzieningenrechter zal, kort gezegd, kijken naar drie zaken: of de eiser een spoedeisend belang bij de voorziening heeft; wat naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter de rechtsverhouding tussen partijen is; en wat de belangen van partijen bij toe- en afwijzing van de vordering zijn.



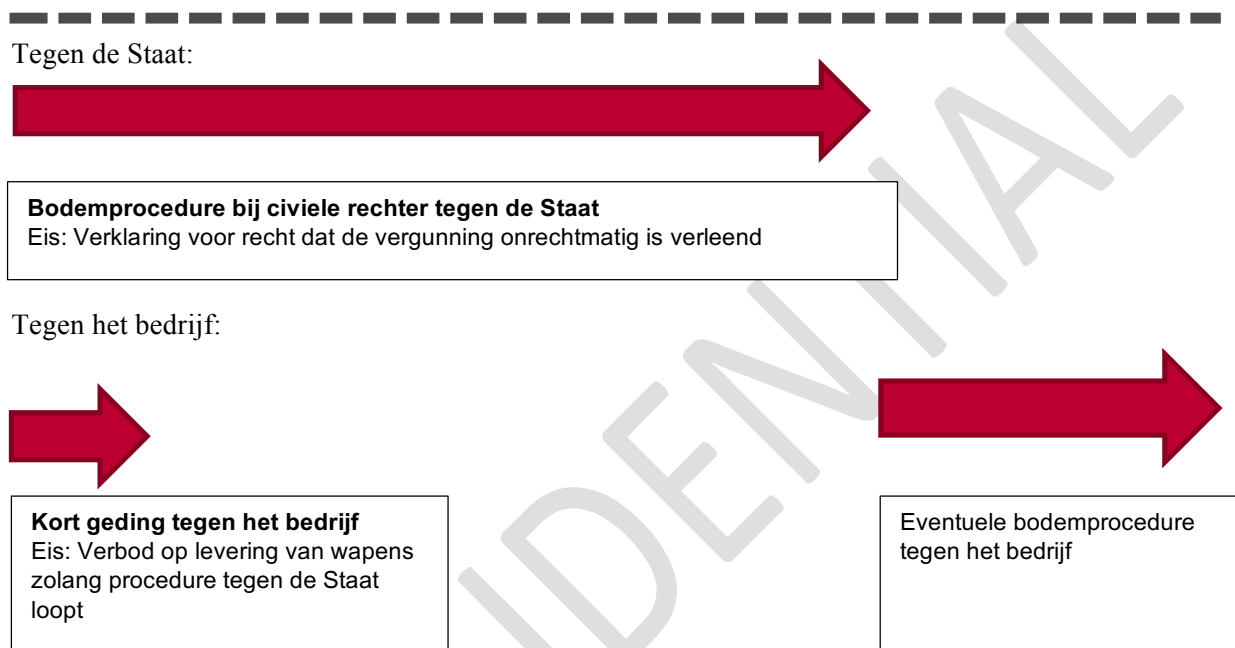
208. PAX/ PILP lijken een spoedeisend belang bij een voorlopige voorziening te hebben, mits er inderdaad sprake is van een dreigende uitvoer door de gedaagde partij. Er kan dus niet uit het niets een zaak worden aangespannen. Maar als uitvoer dreigt, hebben PAX/PILP een spoedeisend belang, omdat het een verbodsvordering voor dreigend onrechtmatig handelen betreft.
209. Wat betreft het voorlopige oordeel over de rechtsverhoudingen moeten twee aspecten aannemelijk worden gemaakt. Ten eerste beroepen we ons op de onrechtmatigheid van de vergunning. Dit is mogelijk, maar kan in praktijk lastig aannemelijk te maken zijn, omdat de informatie over de grondigheid waarmee de toets is uitgevoerd maar zeer beperkt beschikbaar is en de termijn kort. Mocht er voldoende grond zijn, dan moet ten tweede aannemelijk worden gemaakt dat de uitvoer van de wapens hierdoor ook onrechtmatig is. Van de onderzochte gronden maakt – voor dit scenario - onrechtmatigheid op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt het meeste kans. Of onrechtmatigheid van de vergunning tot een succesvolle verbodsvordering kan leiden is nog een open juridische vraag. Voor een positief antwoord op deze vraag pleit het feit dat wettelijke bepalingen, zelfs als ze niet rechtstreeks van toepassing zijn, kunnen worden gebruikt om een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm in te kleuren.
210. Tot slot kan een voorzieningenrechter een belangenafweging maken. Deze afweging complementeert het voorlopig oordeel over de rechtsverhoudingen. Voor zover onzekerheid bestaat over de uitspraak die een bodemrechter uiteindelijk zal doen, zal het oordeel van de voorzieningenrechter afhangen van de belangen van partijen. Daarbij zullen de belangen van PAX/PILP, die mensenrechtenschendingen willen voorkomen, wellicht zwaarder wegen dan de belangen van de leverancier, die in het ergste geval een vertraging heeft te lijden. De schade die een leverancier hierdoor oploopt, is zonder concrete feiten moeilijk in te schatten. Indien de koper door de vertraging op wat voor manier dan ook grote schade lijdt door de vertraging, kan de leverancier worden geconfronteerd met een grote vordering. Dit zal echter in het specifieke geval moeten blijken en zal dan door de rechter worden meegenomen in zijn belangenafweging.
211. Hoewel succes in kort geding niet is uitgesloten zal deze route maar beperkt bruikbaar zijn. Het grootste obstakel is het onrechtmatig laten verklaren van de vergunning. Dit is mogelijk, maar in de praktijk lastig, omdat er weinig informatie over de totstandkoming van de vergunning is. Mocht deze eerste horde worden genomen, dan is in de rechtspraak nog niet uitgemaakt of deze onrechtmatigheid dan ook grond kan zijn voor toewijzing voor een verbodsvordering.

II. Onderbouwing

Beschrijving scenario

212. Zoals uitgelegd in deel I van dit rapport over mogelijke procedures tegen de Staat, kan de burgerlijke rechter zich in bepaalde gevallen wel uitlaten over de (on)rechtmatigheid van een vergunning, maar zal deze de vergunning op zichzelf in stand laten. In deze deelvraag zullen wij onderzoeken of met een onrechtmatigheidsverklaring door de burgerlijke rechter jegens de leverancier een verbod kan worden verkregen. Dit wordt specifiek besproken in de context van een kort geding, omdat dit een logische eerste stap is. Juridische procedures duren lang, en een

voorlopige voorziening kan ervoor zorgen dat uitvoer tijdens de duur van deze procedure niet zal plaatsvinden. Een bijkomend voordeel is de lagere bewijslast in een kort geding; een eiser hoeft onrechtmatigheid niet te bewijzen, maar deze slechts aannemelijk te maken. Een kort geding als hier beschreven zal dus plaatsvinden naast een procedure tegen de Staat over de onrechtmatigheid van een verleende vergunning. Mocht de rechter in die procedure overgaan tot onrechtmatigverklaring van de vergunning, dan ligt een bodemprocedure tegen de leverancier in de rede. In dat geval is hetgeen in deze deelvraag wordt besproken over de rechtsgronden ook in die procedure bruikbaar. Ter verduidelijking de volgende tijdlijn:



II.1 Het kort geding

213. Het kort geding is erop gericht snel een beslissing van de rechter te kunnen verkrijgen. Dit heeft gevolgen voor de zorgvuldigheid die in acht kan worden genomen. Veel ruimte voor bewijsvoering is er niet. Daarom is de reikwijdte van een voorlopige voorziening beperkt. Het heeft enkel een ordenende werking; de rechter kan een oordeel geven om een bepaalde feitelijke toestand te bewerkstelligen of in stand te houden, maar geeft geen definitief oordeel over de rechtsverhouding tussen partijen. Er zijn, op hoofdlijnen, drie zaken van belang.
214. Allereerst moet de eiser een spoedeisend belang bij de vordering hebben. Dit is nodig om binnen te komen bij de voorzieningenrechter. Als aan deze voorwaarde voldaan is, zal een rechter in principe kijken naar de waarschijnlijke uitkomst van een eventuele bodemprocedure. De voorzieningenrechter zal dan een voorlopig oordeel moeten vormen over de rechtsverhouding. De voorzieningenrechter kan, anders dan de bodemrechter, ook een belangenafweging in het oordeel betrekken.

*Spoedeisend belang*

215. Allereerst moet, zoals blijkt uit artikel 254 lid 1 Wetboek van Burgelijke Rechtsvordering (Rv), sprake zijn van een spoedeisend belang. Dit vereiste is door de Hoge Raad relatief ingevuld. Deze vraag moet ‘beantwoord [...] worden aan de hand van een afweging van de belangen van partijen, beoordeeld naar de toestand ten tijde van de uitspraak.’¹⁶⁵ Hiervoor zijn in de rechtspraak geen harde criteria ontwikkeld. De voorzieningenrechter heeft een grote vrijheid om te bepalen of sprake is van een voldoende spoedeisend belang. In de literatuur wordt wel genoemd dat bepalend is of een uitspraak in de bodemprocedure kan worden afgewacht¹⁶⁶. In praktijk is de spoedeisendbelang-eis vrij licht en wordt deze snel aangenomen¹⁶⁷. Vaak wordt in het vonnis volstaan met de motivatie dat het spoedeisend belang in de aard van de vordering ligt. De Hoge Raad onderschrijft deze praktijk voor gevallen waarin “een voorziening wordt gevraagd die ertoe strekt een einde te maken aan door de eisende partij als stelselmatige inbreuk op een haar toekomend subjectief recht aangemerkte handelingen waarvan zij doorlopende schade ondervindt”¹⁶⁸. Ook een verbodsvordering voor de duur van de procedure tegen de overheid lijkt naar haar aard spoedeisend te zijn.¹⁶⁹ De eiser zal het spoedeisend belang dienen te motiveren¹⁷⁰. In het geval van het onderzoekscenario zou dit als volgt kunnen:
216. Pax/PILP hebben een spoedeisend belang bij een onmiddellijke voorziening tegen de leverancier voor een verbod op uitvoer voor de duur van de procedure tegen de Staat. De uitvoer van de militaire goederen kan onherstelbare gevolgen hebben voor de belangen die eisers blijkens hun statuten vertegenwoordigen. Levering kan leiden tot schending van mensenrechten, zoals het recht op leven (art. 2 EVRM), in het land van invoer. De gevolgen van toewijzing voor de leverancier zijn over het algemeen niet onherstelbaar, daar levering na rechterlijke toetsing gewoon doorgang kan vinden. Bovendien loopt de leverancier het risico aangesproken te worden als zij de levering doorzetten en de vergunning achteraf onrechtmatig verleend blijkt te zijn. Wel loopt zij het risico door de koper aangesproken te worden voor vertragingsschade. Dit zal dan echter uit de specifieke feiten van het geval moeten blijken.
217. Overigens is van belang om aannemelijk te maken dat er een reëel risico bestaat dat uitvoer gaat plaatsvinden. Indien de leverancier toch al niet de intentie had om een verplichting tot nalaten te schenden, heeft de eiser geen belang.¹⁷¹

Voorlopig oordeel over de rechtsverhouding tussen partijen

218. Als de voorzieningenrechter tot de conclusie is gekomen dat de eiser een spoedeisend belang heeft, moet de vordering inhoudelijk worden getoetst. Twee overwegingen zijn daarbij van belang; die min of meer functioneren als communicerende vaten; enerzijds de waarschijnlijke

¹⁶⁵ HR 29-11-2002, NJ 2003/78, ECLI:NL:PHR:2002:AE4553, m.nt. P.A. Stein (Gemeente Groningen/Reilman)

¹⁶⁶ Boonekamp, in: *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 6. Het kort geding*, 2020/131 (online bijgewerkt 1 december 2019).

¹⁶⁷ Tjong Tjin Tai, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 254 Rv, aant. 3 (online, bijgewerkt 8 september 2019)

¹⁶⁸ HR 23-01-1998, NJ 2000/544, ECLI:NL:HR:1998:ZC2553 (Kruidvat/Lancôme)

¹⁶⁹ J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 19)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019. ‘Bij een verbod op dreigend onrechtmatig handelen volgt het voldoende belang immers uit die dreiging, mits voldoende reëel, en diezelfde dreiging zal in de regel meebrengen dat het belang spoedeisend is’

¹⁷⁰ HR 23-04-1982, NJ 1982/532, ECLI:NL:PHR:1982:AG4372

¹⁷¹ J.J. van der Helm, *Het rechterlijk bevel en verbod (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 19)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.



uitkomst van een eventuele bodemprocedure; anderzijds een afweging van de belangen van eiser en gedaagde.

219. De voorzieningenrechter moet een voorlopig oordeel vormen over de rechtsverhouding tussen partijen op grond van de materiële rechtsregels en zich richten op de waarschijnlijke uitkomst van een bodemprocedure¹⁷². De uitkomst van deze toets is afhankelijk van de feiten en omstandigheden. Algemene regels over de nodige waarschijnlijkheid zijn dus niet te geven¹⁷³. Minder duidelijkheid omtrent de rechtsverhouding kan wel leiden tot terughoudendheid in toewijzing¹⁷⁴. Het criterium is dat de eiser aannemelijk moet maken dat een vordering in een bodemprocedure zou worden toegewezen.¹⁷⁵
220. Onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds de procedure tegen de Staat en anderzijds de bodemprocedure tegen het bedrijf. Bij een kort geding kijkt de voorzieningenrechter naar de waarschijnlijke uitkomst die een bodemprocedure tegen het bedrijf zou hebben. Er wordt echter tegelijkertijd met dit kort geding een (civiele) procedure aangespannen tegen de Nederlandse Staat, waarin een verklaring voor recht wordt gevorderd dat de vergunningsverlening onrechtmatig was. Dit is mogelijk, omdat PAX/PILP geen belanghebbenden waren bij het besluit om de vergunning te verlenen. Er moet dus aandacht worden besteed aan de precieze rechtsgronden van de mogelijke bodemprocedure tegen de leverancier. De levering door de exporteur moet onrechtmatig zijn, niet enkel de vergunning. Daarom zijn er twee stappen nodig. Aannemelijk moet worden gemaakt:
1. dat de vergunning onrechtmatig is verleend; en
 2. dat levering daarom onrechtmatig zou zijn.
221. De onrechtmatigheid van de vergunning is onderwerp van het eerste gedeelte van dit onderzoek. Partijen die geen bestuursrechtelijke mogelijkheden hebben om een besluit via de bestuursrechter te laten toetsen, kunnen de civiele rechter een rechtmatigheidsoordeel laten geven. Normaliter moet een civiele rechter uitgaan van de rechtmatigheid van de vergunning.¹⁷⁶ De daaropvolgende onrechtmatigheid van de levering kan op verschillende gronden gebaseerd worden, die achtereenvolgens besproken zullen worden. Deze gronden zijn:
- onrechtmatigheid op grond van artikel 6:162 BW;
 - strijd met de redelijkheid en billijkheid;
 - misbruik van recht;
 - nietigheid van de overeenkomst.

¹⁷² HR 21-04-1995, NJ 1996/462, ECLI:NL:HR:1995:ZC1705, m.nt. D.W.F. Verkade (Boehringer/Kiringen)

¹⁷³ Boonekamp, in: *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 6. Het kort geding*, 2020/133 (online, bijgewerkt 1 december 2019).

¹⁷⁴ HR 29-11-2002, NJ 2003/78, ECLI:NL:PHR:2002:AE4553, m.nt. P.A. Stein (Gemeente Groningen/Reilman)

¹⁷⁵ HR 15-01-1999, NJ 1999/665, ECLI:NL:HR:1999:ZC2817, m.nt. D.W.F. Verkade (Procter & Gamble/Kimberly Clark)

¹⁷⁶ Hartkamp & Sieburgh, in: *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, 2015/374 (online, bijgewerkt 1 mei 2015).



Art. 6:162 BW

222. Art. 6:162 lid 2 BW geeft een aantal gronden voor onrechtmatigheid, namelijk:
- inbreuk op een recht;
 - doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht;
 - doen of nalaten in met strijd hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Strijd met een wettelijke plicht

223. Zelfs als in een procedure tegen de Staat de rechter de verleende vergunning onrechtmatig verklaart, blijft de vergunning zelf hoogstwaarschijnlijk in stand. Dat betekent dat zelfs indien de rechter in die procedure de vergunningverlening onrechtmatig verklaard, de vergunning zelf hoogstwaarschijnlijk in stand blijft.¹⁷⁷ Levering van het militaire materiaal door de exporteur is dan niet in strijd met artikel 11 lid 1 Besluit Strategische Goederen, het artikel dat uitvoer van militaire goederen uit Nederland zonder vergunning verbiedt. De levering van de wapens kan daarom niet onrechtmatig verklaard worden wegens strijd met een wettelijke plicht.

Inbreuk op een recht

224. Twee andere gronden blijven over. Onder rechtsinbreuk wordt vaak verstaan inbreuk van absolute vermogensrechten, zoals het eigendomsrecht of merkenrecht, en persoonlijkheidsrechten. Onder het begrip rechtsinbreuk vallen ook grondrechten zoals opgenomen in de Grondwet en verdragen. Onder persoonlijkheidsrechten worden verstaan:
- het recht op lichamelijke integriteit;
 - het recht op vrijheid;
 - het recht op bescherming van eer en goede naam; en
 - het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.
225. De eerste categorie, het recht op lichamelijke integriteit, is voor deze zaak van belang. Dit recht is verankerd in bijvoorbeeld artikel 11 Grondwet en de artikelen 2 (recht op leven) en 3 (folterverbod) EVRM. De Hoge Raad heeft het recht op lichamelijke integriteit in wat oudere jurisprudentie geaccepteerd¹⁷⁸. Het toebrengen van letsel kan inbreuk op een recht op lichamelijke integriteit vormen, volgens de huidige leer geldt voor letsel en overlijden niet het kader van inbreuk op een recht, maar hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reden hiervoor is dat inbreuk op een recht een handeling onrechtmatig maakt. Verwonding of overlijden zijn gevolgen van een handeling, die leiden tot onrechtmatigheid daarvan. Daarom past het kader van ongeschreven recht omtrent hetgeen in het maatschappelijke verkeer betaamt beter¹⁷⁹. Dit is echter tot nu toe niet expliciet door de Hoge Raad overgenomen. Wel wordt in het zogenaamde ‘Zwiepende tak’- arrest¹⁸⁰ aangenomen dat pas sprake is van inbreuk van het recht op fysieke integriteit “*indien de mate van*

¹⁷⁷ Zie nrs 70 e.v.

¹⁷⁸ Jansen, in: *Groene Serie Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 4.4.1.1 (online bijgewerkt 25 oktober 2019).

¹⁷⁹ Sieburgh, in: *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet.*, 2019/47 (online, bijgewerkt 2 november 2019).

¹⁸⁰ HR 09-12-1994, NJ 1996/403, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, m.nt. C.J.H. Brunner (Zwiepende tak)



waarschijnlijkheid van een ongeval (het oplopen van letsel door een ander) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.” De grond van rechtsinbreuk wordt dus min of meer ingevuld door de verwachtingen van het maatschappelijk verkeer.

226. Het kan daarom geen kwaad om de rechtsinbreuk als grond volledigheidshalve in een eventuele dagvaarding te vermelden, maar over het algemeen wordt aangenomen dat het toebrengen van letsel tegenwoordig valt onder de onrechtmatigheidsrubriek van de maatschappelijke zorgvuldigheid, niet de rechtsinbreuk.

Strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt

227. Dit is een restcategorie, met een in potentie oneindig aantal gevalstypen. De geschonden norm kan in het onderzoeksscenario worden ingevuld door de belangen die beschermd worden door de vergunning. Dat zijn de criteria die worden gegeven in artikel 2 van het Gemeenschappelijk Standpunt¹⁸¹. Internationaal recht kan doorwerken in maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen, zelfs als het geen algemeen verbindende bepaling betreft. Een voorbeeld hiervan is opnieuw het Urgenda-vonnis, waarover van Gestel en Loth schrijven:

*“De kern van ons betoog is dat de Haagse rechtbank het bij het ontbreken van een concrete wettelijke emissienorm niet laat bij een beroep op open gevaarzettingsnormen, maar deze juist tracht in te kleuren met behulp van wat wel voorhanden is aan internationale normen, beleidsafspraken en wetenschappelijk bewijs over klimaatverandering.”*¹⁸²

228. Meer abstract kan worden betoogd dat opzettelijk handelen waarvoor een vergunning vereist is, maatschappelijk onzorgvuldig is als de verleende vergunning onrechtmatig verleend is. Een juiste inschatting van de effecten op hen die door de vergunning beschermd worden, heeft dan immers niet plaatsgevonden.
229. De Hoge Raad heeft in civiele zaken echter bepaald dat in situaties waar een handeling is verricht op grond van een vergunning die later door de bestuursrechter is vernietigd:

*‘een vergunninghouder er in het algemeen op mag vertrouwen dat een hem verstrekte vergunning overeenkomstig de desbetreffende voorschriften is verstrekt en dat hij gerechtigd is van die vergunning gebruik te maken en dat dit anders zou kunnen zijn in een geval waarin de verstrekking van een vergunning een ook voor de vergunninghouder zo onmiskenbare wetsschending oplevert, dat hij had moeten begrijpen dat het desbetreffende overheidsorgaan hem deze niet had mogen verlenen.’*¹⁸³

230. De Hoge Raad kwam tot dit oordeel ondanks het feit dat de gedaagde wist en was gewaarschuwd dat de vergunningsbeslissing nog kon worden vernietigd. Relevant verschil is echter dat het hier

¹⁸¹ COUNCIL COMMON POSITION 2008/944/CFSP of 8 December 2008 defining common rules governing control of exports of military technology and equipment.

¹⁸² R van Gestel & M. Loth, ‘Rechtsvorming in een meerlagige rechtsorde’, *NJB* 2016/141.

¹⁸³ HR 28-02-1975, NJ 1975/423, ECLI:NL:PHR:1975:AB6210, m.nt. W.F. Prins (Parochiehuis Woerden)



ging om een handeling die reeds was voltooid en waarvan gevorderd werd dat hij ongedaan werd gemaakt. Indien deze handeling nog niet heeft plaatsgevonden, heeft de Hoge Raad bepaald dat *'zal (...) moeten worden gezien of ten tijde van dat arrest een voorziening als gevraagd in afwachting van de op grond van het voorgaande te verwachten vernietiging van de vergunning op haar plaats was'*.¹⁸⁴

230. De vraag is dan in hoeverre een rechter de werking van een vergunning kan verhinderen. In het eerste gedeelte is reeds stilgestaan bij de leer van de formele rechtskracht. De burgerlijk rechter wijst een vordering tot het verlenen of intrekken van een vergunning niet toe, omdat de rechter daarmee in feite op de stoel van de vergunningverlener gaat zitten.¹⁸⁵ Voor een uitvoerige bespreking hierover zij verwezen naar nr. 70 e.v. In beginsel kan een civiele rechter in een procedure tegen de vergunningsverlener enkel schadevergoeding toekennen, maar niet de werking van de vergunning aantasten. Dit ging echter om procedures waarbij het overheidsorgaan als gedaagde werd aangesproken. Schlössels stelt de vraag of - in een procedure tegen de vergunninghouder - een onrechtmatige verleende vergunning de mogelijkheid tot een verbodsvordering kan openen, maar geeft geen antwoord.¹⁸⁶ Wij hebben geen rechtspraak kunnen vinden omtrent deze vraag.
231. De vraag is het stellen waard: het valt goed te beargumenteren dat het Gemeenschappelijk Standpunt mede de belangen beschermt die PILP/PAX vertegenwoordigen. Daarbij lijkt het de enige effectieve methode om deze belangen op een goede manier te beschermen. Schadevergoeding is in het onderzoeksscenario geen effectieve remedie. Betoogd kan worden dat de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm besloten ligt in het vergunningstelsel. De wetgever heeft deze norm blijkbaar zo belangrijk geacht dat zij zelf, door het verlenen van een vergunning, haar fiat moet geven en moet nagaan of de levering voldoet aan die gedragsnorm. Dat de overheid daar gebrekkig toezicht uitvoert, betekent niet dat het bedrijf zich niet meer aan deze maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm hoeft te houden. Kort gezegd komt het er dus op neer dat de maatschappelijke zorgvuldigheid waarop PAX/PILP zich in dit geval beroepen wordt ingevuld door de bescherming die normaal door de vergunning wordt gegeven.
232. Een rechter hoeft niet een exacte definitie te geven van de zorgvuldigheidsnorm die geschonden is, maar moet het oordeel wel nauwkeurig motiveren.¹⁸⁷ Er zijn daarom wel handvatten waarop een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm gebaseerd kan worden. Onder meer wettelijke bepalingen kunnen bijdragen aan het onrechtmatigheidsoordeel. Zelfs als een vordering niet gebaseerd kan worden op schending van een wettelijke plicht, kunnen relevante wetsbepalingen wel doorwerken in een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.¹⁸⁸ De gedachte hierachter is dat de wetgever met deze wetsbepaling klaarblijkkelijk al een belangenafweging heeft willen maken en bepaald gedrag ontoelaatbaar heeft geacht. Een rechter heeft dat in gedachten te houden¹⁸⁹ en kan het gebruiken om tot een onrechtmatigheidsoordeel te komen, zelfs als de wet

¹⁸⁴ HR 03-05-1985, NJ 1985/682, ECLI:NL:PHR:1985:AG5011

¹⁸⁵ HR 11 november 2005, NJ 2006/256 (van den Hurk)

¹⁸⁶ HR 3 februari 2006, JB 2006/69 m. nt. R.J.N. Schlössels (Stichting The European Club Support Foundation-Rijnmond).

¹⁸⁷ Jansen, in: *Groene Serie Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.1.9 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019).

¹⁸⁸ Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen (Monografieën BW nr. B45)*, Deventer: Kluwer 2009.

¹⁸⁹ Jansen, in: *Groene Serie Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 5.1.5 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019).



niet rechtstreeks toepasselijk is¹⁹⁰. Dit is een argument voor het verbieden van een handeling die door een onrechtmatig verleende vergunning gedekt wordt. Als verlengstuk van deze zijdelingse werking van wettelijke bepalingen wordt gegeven dat een vergunning geen vrijbrief is om te handelen zonder rekening te houden met anderen, zelfs indien de vergunning wel rechtmatig is verleend en de voorwaarden van de vergunning niet zijn geschonden.¹⁹¹ Hierop zullen wij in het volgende gedeelte over de eigen due diligence verplichtingen van het bedrijf ingegaan.¹⁹²

233. Betoogd kan verder worden dat de mogelijkheid van een verbodsvordering voortvloeit uit de uitzondering op de formele rechtskracht voor partijen die geen bestuursrechtelijke ingang hebben. De reden achter deze uitzondering is de effectieve rechtsbescherming¹⁹³; een partij moet toegang hebben tot een rechter die het besluit kan beoordelen. Een logische volgende stap zou zijn dat er dan ook een effectieve remedie moet zijn. Dit zou in overeenstemming zijn met de ‘reflexwerking’ die een vergunning heeft¹⁹⁴. Een vergunning vrijwaart de vergunninghouder niet compleet, maar heeft wel invloed op de blik van de rechter op de handelingen die door de vergunning worden toegestaan. Net zoals vernietiging van de vergunning bij de bestuursrechter tot een ‘omgekeerde formele rechtskracht’ leidt, reflecteert een onrechtmatigheidsoordeel over de vergunning op de onder die vergunning gevangen handelingen. Dit alles zou ertoe kunnen leiden dat een rechter handelingen waarvoor een vergunning is vereist zou kunnen verbieden op grond van schending van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

Misbruik van bevoegdheid

234. Art. 3:13 BW verbiedt het uitoefenen van een bevoegdheid voor zover de bevoegdheid daardoor misbruikt wordt. Lid 2 identificeert 3 manieren waarop een bevoegdheid misbruikt kan worden:
- door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden;
 - door haar uit te oefenen met een ander doel dan waarvoor zij is verleend;
 - in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.
235. Voor dit onderzoeksscenario is alleen de derde grond van belang. Het is een zware eis, waaraan alleen voldaan is ‘wanneer geen weldenkend mens in redelijkheid tot de uitoefening van die bevoegdheid had kunnen komen.’¹⁹⁵ Het is een zeer beperkte toets die slecht in uitzonderlijke gevallen tot misbruik van recht kan leiden. Daarnaast is in beginsel misbruik van een bevoegdheid tevens in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk

¹⁹⁰ J.L. Smeehuijzen, ‘Hoe oordeelt de feitenrechter over strijd met de maatschappelijke betamelijkheid in de zin van art. 6:162 lid 2 BW?’, *VR* 2017/125.

¹⁹¹ Jansen, in: Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 5.5.5 (online, bijgewerkt 25 oktober 2019).

¹⁹² Zie onderzoeksvraag 5

¹⁹³ Hartkamp & Sieburgh, in: *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, 2015/374 (online, bijgewerkt 1 mei 2015).

¹⁹⁴ A.R. Neerhof, ‘Aansprakelijkheden en draagplichten als een vergunninghouder conform de vergunning handelt: wie is de pineut?’, *NTBR* 2007/16.

¹⁹⁵ E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid (Monografieën BW nr. A4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.



verkeer betaamt.¹⁹⁶ Het leerstuk heeft dus weinig toegevoegde waarde naast deze onrechtmatigheidsgrond, die veel breder is.

Redelijkheid en billijkheid

236. De redelijkheid en billijkheid zijn op twee plekken in boek 6 van het Burgerlijk wetboek uitgewerkt. Art. 6:2 BW bepaalt dat '[s]chuldeiser en schuldenaar zijn verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid', en dat '[e]n tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.' De plaatsing van dit artikel geeft aan dat het van toepassing is op elke verbintenis, op welke manier die ook ontstaan is. Art. 6:248 is enkel van toepassing op verbintenissen uit overeenkomst.

237. De norm lijkt slecht te passen, omdat het invloed uitoefent op een reeds bestaande rechtsverhouding, maar geen nieuwe rechtsverhouding schept. De redelijkheid en billijkheid hebben twee functies; de aanvullende werking en de derogerende werking. Beide impliceren een reeds bestaande verbintenis die aangevuld moet worden of waarvan gederogerd moet worden. Er zijn auteurs die menen dat de redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn in het gehele maatschappelijk verkeer, maar desondanks achten wij dit instrument niet heel bruikbaar voor het onderzoeksscenario, in ieder geval niet naast de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. In praktijk zijn de gevolgen equivalent, zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis:

“Voor wat betreft de rechtsgevolgen zal het overigens weinig verschil maken of van iemand een bepaald gedrag kan worden geëist op grond van redelijkheid en billijkheid of op grond van de betamelijkheid van artikel 6.3.1.1. In beide gevallen gaat het immers om de concrete omstandigheden van het geval, terwijl voor de vraag wat redelijk en billijk, respectievelijk betamelijk is, steeds grote betekenis zal toekomen aan de (rechts)verhouding waarin partijen tot elkaar staan.”¹⁹⁷

238. De Hoge Raad heeft tevens besloten dat een beroep op de redelijkheid en billijkheid en een beroep op een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm niet apart door de rechter behandeld hoeft te worden, ‘omdat beide normen een open karakter hebben en aan de hand van de omstandigheden van het geval dienen te worden ingevuld’.¹⁹⁸

Nietigheid van de overeenkomst

239. Op grond van artikel 11 van het Besluit Strategische Goederen is het verboden om zonder individuele, globale of algemene uitvoervergunning militaire goederen uit te voeren. Uitvoer is in artikel 1 gedefinieerd als ‘het doen verlaten van goederen van Nederlands grondgebied naar een derde land, anders dan voor doorvoer door Nederland’.

¹⁹⁶ Stein, in: *Groene Serie Vermogensrecht*, art. 3:13 BW, aant. 31 (online, bijgewerkt 15 december 2018).

¹⁹⁷ EV I, Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 71.

¹⁹⁸ HR 03-06-2016, NJ 2016/357 ECLI:NL:HR:2016:1061, m.nt. P. van Schilfgaarde (IMG/NVT)



240. De eerste route voor het vernietigen dan wel nietig verklaren van de overeenkomst tussen de wapenexporteur en het land dat de wapens afneemt, zou art. 3:40 BW lid 2 zijn. Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt volgens dit artikel tot nietigheid van de overeenkomst, tenzij de bepaling slechts strekt tot bescherming van één van de partijen bij een meerzijdige rechtshandeling, dan is vernietigbaarheid het gevolg. Probleem is echter dat dit artikel het verrichten van zo'n rechtshandeling nietig verklaart. Het verrichten van een rechtshandeling staat gelijk aan het sluiten van een overeenkomst. Het Besluit Strategische Goederen verbiedt een feitelijke handeling, namelijk het doen verlaten van militaire goederen vanuit Nederland naar een derde land. Hoewel dit onderscheid tussen het sluiten van de overeenkomst zelf en het sluiten van een overeenkomst met een inhoud die strijdig is met een dwingende wetsbepaling soms lastig te maken is en ook onderwerp van kritiek is, staat het volgens mij in de weg als grond van nietigheid van de overeenkomst.
241. Onderscheid moet worden gemaakt tussen twee typen overeenkomsten:
- Overeenkomsten die wettelijk verboden zijn. Een goed voorbeeld hiervan zijn prijsafspraken tussen bedrijven. Deze overeenkomsten zijn *an sich* verboden op grond van artikel 6 van de Mededingingswet, en zullen dus nietig zijn wegens strijd met een dwingende wetsbepaling;
 - Overeenkomsten die een partij verbinden tot een handelen in strijd met een wettelijke bepaling. Een voorbeeld is het leveren van een dienst zonder de daarvoor benodigde vergunning. In een recent arrest ging het bijvoorbeeld om het geven van beleggingsadvies zonder de daarvoor vereiste vergunning.¹⁹⁹ Het sluiten van een overeenkomst over beleggingsadvies is op zichzelf niet in strijd met de wet. In de uitvoering van de overeenkomst is het echter onvermijdelijk dat een van de partijen de wet overtreedt. In dat geval is nietigheid niet automatisch het gevolg.
242. Als de inhoud van een overeenkomst in strijd met de wet is of als bij de uitvoering van de overeenkomst onvermijdelijk in strijd met de wet gehandeld wordt, kan nietigheid alsnog het gevolg zijn op basis van art. 3:40 lid 1 BW, namelijk op grond van strijd met de goede zeden of de openbare orde. Dit is echter niet automatisch het geval. In *Esmilo/Mediq*²⁰⁰ heeft de Hoge Raad bepaald dat niet kan *'worden geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat de overeenkomst tot een door de wet verboden prestatie verplicht, meebrengt dat zij een verboden strekking heeft en dus nietig is, ook niet als beide partijen zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust waren van dat wettelijk verbod.'* De rechter moet in zijn oordeel of de overeenkomst nietig is betrekken:
- welke belangen door de geschonden regel worden beschermd;
 - of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden;
 - of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren;
 - en of de regel in een sanctie voorziet.
243. De jurisprudentie met betrekking tot dit leerstuk is mager. Wij achten de kans dat deze route tot nietigheid kan leiden niet zo groot. De casus van *Esmilo/Mediq* is de meest interessante, omdat het daar ook ging om het leveren van bepaalde goederen (namelijk medicijnen) zonder

¹⁹⁹ Conclusie De Vries Lentsch-Kostense bij HR 02-09-2016, RvdW 2016/951, ECLI:NL:HR:2016:2012, r.o. 3.17.

²⁰⁰ HR 01-06-2012, NJ 2013/172, ECLI:NL:HR:2012:BU5609, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Esmilo/Mediq*)



vergunning. Het Gerechtshof van Den Haag oordeelt in de beslissing na verwijzing dat de overeenkomst niet in strijd met de openbare orde is, onder meer omdat er reeds bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties op zijn gesteld en dat aan privaatrechtelijke sancties minder behoefte is.²⁰¹ Op overtreding van artikel 11 Besluit Strategische goederen staat een strafrechtelijke sanctie; op grond van art. 1(2) jo. 6(5) en 7 Wet op de Economische Delicten kan tot zes maanden hechtenis, taakstraf en een geldboete worden opgelegd, alsmede stillegging van de onderneming. Verder was het leveren van deze medicijnen niet verboden, maar alleen toegestaan voor vergunninghouders. Ook in het reeds besproken arrest over het geven van beleggingsadvies werd nietigheid niet aangenomen.

244. Ook als er geen sprake is van strijd met de wet kan een overeenkomst nietig zijn omdat de inhoud strijdig is met de openbare orde of de goede zeden. De invulling van goede zeden is het maatschappelijk oordeel over wat behoort; dit kan naar tijd en plaats verschillen.²⁰² Objectieve aanknopingspunten zijn van belang, zoals wets- en verdragsbepalingen, algemene rechtsbeginselen en rechtsovertuigingen.
245. Strijd met de openbare orde is door de Hoge Raad omschreven als ‘strijd met fundamentele beginselen van de rechtsorde of met algemene belangen van fundamentele aard’²⁰³. In de praktijk wordt zelden een strak onderscheid gemaakt tussen beide categorieën.²⁰⁴ Bij de overweging of een overeenkomst in strijd is met de openbare orde wordt veel waarde gehecht aan wetgeving; het komt zelden voor dat overeenkomsten nietig zijn wegens strijdigheid met de openbare orde zonder dat er ook strijd met een wettelijke bepaling is.²⁰⁵
246. Wij achten deze route weinig kansrijk, omdat nietigheid als leerstuk vooral wordt gebruikt om de rechtsverhoudingen tussen de partijen bij de overeenkomst vast te stellen. Een contractspartij die een bij wet verboden overeenkomst sluit, kan daarvan geen nakoming afdwingen, en heeft tevens geen recht op schadevergoeding bij wanprestatie. We hebben geen rechtspraak kunnen vinden over zaken waarin derden een beroep deden op de nietigheid van een bepaling. Het gaat telkens over partijen bij de overeenkomst die het oneens zijn over de vraag of een vordering uit wanprestatie moet worden toegewezen. Die vraag is voor dit onderzoeksscenario niet zo relevant. Deze focus heeft ook gevolgen voor de eisen die worden gesteld om nietigheid aan te nemen. Zo wordt als gezichtspunt gegeven of de partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren. Daardoor komt de lat voor nietigverklaring onnodig hoog te liggen. Ook moet de toets voor nietigheid worden verricht aan de hand van de omstandigheden zoals die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst waren.²⁰⁶

²⁰¹ Hof Den Haag 16-09-2014, NJ 2014/519, ECLI:NL:GHDHA:2014:2989, m.nt. Redactionele aantekening (Mediq/Esmilo)

²⁰² Sieburgh, in: *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, 2018/330 (online, bijgewerkt 2 november 2018).

²⁰³ HR 11-12-2015, NJ 2017/59, ECLI:NL:HR:2015:3568, m.nt. Jac. Hijma (Wijnen Bouw/Muller)

²⁰⁴ Sieburgh, in: *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, 2018/345 (online, bijgewerkt 2 november 2018).

²⁰⁵ Stein, in: *Groene Serie Vermogensrecht*, art. 3:40 BW, aant. 7.2 (online, bijgewerkt 15 december 2018).

²⁰⁶ HR 11-12-2015, NJ 2017/59, ECLI:NL:HR:2015:3568, m.nt. Jac. Hijma (Wijnen Bouw/Muller)

*Belangenafweging*

247. Een kortgedingrechter baseert een beslissing niet enkel op een beoordeling van de rechtsverhoudingen, maar mede op een belangenafweging. Dit in tegenstelling tot de bodemrechter, die slechts een belangenafweging mag maken als dit voortvloeit uit de wet, bijvoorbeeld in de constructie van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.²⁰⁷ Hierbij heeft de belangenafweging een complementaire rol; het (voorlopige) oordeel over de rechtsverhoudingen tussen partijen is in eerste instantie leidend. Een voorzieningenrechter kan dus niet uitsluitend op basis van een belangenafweging een voorlopige voorziening toewijzen die naar alle waarschijnlijkheid door een bodemrechter wordt afgewezen.²⁰⁸ Onduidelijkheid over de rechtsvraag kan leiden tot terughoudendheid in de toewijzing, maar hoeft daaraan niet in de weg te staan. Het vaststellen van de rechtsverhouding en de belangenafweging zijn in zekere zin communicerende vaten. Een voorzieningenrechter kan bij twijfel een voorlopige voorziening nog steeds toewijzen, maar zal daarvoor waarschijnlijk hogere eisen stellen aan het belang dat de eiser heeft bij deze voorziening.²⁰⁹ In zijn algemeenheid valt er niet veel concreets te zeggen over deze belangenafweging, anders dan een korte samenvatting van de belangen die de rechter zal moeten afwegen.
248. PAX/PILP hebben een aanzienlijk belang bij uitstel van de levering totdat een rechter zich heeft uitgesproken over de vergunningsverlening. Er zijn op zijn minst indicaties dat de toets die aan de vergunning voorafgaat onvoldoende was. Het toestaan van de uitvoer kan leiden tot onherstelbare schending van de belangen die PAX/PILP vertegenwoordigen. Anderzijds heeft toewijzing geen onherstelbare gevolgen voor de gedaagde. Mocht de rechter de vergunningsverlening rechtmatig oordelen, dan kan de uitvoer alsnog gewoon plaatsvinden.

Onderzoeksvraag 5: Verantwoordelijkheid bedrijven in relatie tot verleende vergunning

Heeft, en zo ja hoe, de wapenexportvergunning invloed op de zorgplicht van het bedrijf? Wanneer kan een bedrijf worden aangesproken op niet-bindende zorgvuldigheidsnormen?

Inleiding

249. Als de vergunning onrechtmatig is verleend, kan dit grond vormen voor een vordering tot verbod op uitvoer. Echter, ook het bedrijf zelf heeft due diligence-verplichtingen. Wellicht kunnen deze ook dienen voor een verbodsvordering, zelfs als het bedrijf binnen de grenzen van de vergunning is gebleven en deze vergunning rechtmatig is verleend. Ook in dat geval zou deze vordering gebaseerd zijn op een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm. In deze deelvraag onderzoeken wij dit nader.

²⁰⁷ Boonekamp, in: *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 6. Het kort geding*, 2020/135 (online, bijgewerkt 1 december 2019).

²⁰⁸ Tjong Tjin Tai, in: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 254 Rv, aant. 5 (online, bijgewerkt 8 september 2019).

²⁰⁹ Boonekamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 6. Het kort geding*, 2020/137 (online, bijgewerkt 1 december 2019).



I. Conclusie

250. De zorgvuldigheidsplicht van ondernemingen met betrekking tot mensenrechten wordt niet aangetast door het verkrijgen van een door de overheid gereguleerde wapenexportvergunning. De verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten na te leven en due diligence uit te voeren staat los van de verplichting van de overheid om internationale verplichtingen na te komen. Ondernemingen hebben veelal de neiging om zich te verschuilen achter de wapenexportvergunning, omdat vooraf aan het verlenen van die vergunning er door de overheid al wordt getoetst op mensenrechtenrisico's, en de verantwoordelijkheden die zij hebben zijn vastgelegd in juridisch niet-bindende richtlijnen.
251. De toets die de overheid verricht staat echter los van die van het bedrijf, en zoals uit rechtspraak blijkt, behouden bedrijven een verantwoordelijkheid na het verkrijgen van de vergunning. Betoogd zou kunnen worden dat wanneer het om een professioneel en internationaal opererend bedrijf gaat dat de middelen heeft om gevolgen van bedrijfsactiviteiten te voorzien, aansprakelijkheid op grond van ongeschreven zorgvuldigheidsnormen sneller kan worden aangenomen. Wat mee kan spelen zijn de relatief eenvoudige manieren om due diligence te verrichten, en daarmee dus risico's in te perken, wat ook in de Shell Nigeria-zaak werd benadrukt. De bezwaarlijkheid van de te nemen voorzorgsmaatregelen in het licht van art. 6:162 BW kan dus aan de hand van het te verrichten due diligence onderzoek worden ingevuld. Bedrijven blijven een eigen verantwoordelijkheid houden, zelfs wanneer zij in lijn met de verkregen vergunning handelen, zoals volgt uit de NAM-zaak. Of er in strijd is gehandeld met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt blijft echter afhangen van de omstandigheden van het geval.

II. Onderbouwing

II.1 Business and Human Rights Framework

252. Bedrijven hebben op grond van de UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), de OESO-Richtlijnen voor Multinationale Ondernemingen (OESO-richtlijn) en de OESO Due Diligence Handreiking voor Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (OESO Handreiking) de verantwoordelijkheid om doorlopend onderzoek te doen naar mensenrechten voor zover het ontplooiën van activiteiten van dat bedrijf (indirect) kan leiden tot schending daarvan. Deze verantwoordelijkheid van het bedrijf staat los van de verplichting van de staat om zorg te dragen voor adequate regelgeving om bedrijven aan te sturen en om mensenrechten te respecteren. De UNGPs wijden dan ook aparte hoofdstukken aan de verplichtingen van de staat enerzijds en de verantwoordelijkheid van bedrijven anderzijds.²¹⁰
253. Zoals wij hierboven beschreven wordt in geval van uitvoer van militair materieel vanuit Nederland de aanvraag getoetst aan acht criteria, vastgelegd in het Gemeenschappelijk Standpunt, waaronder eerbiediging van de mensenrechten in het land van eindbestemming en naleving van het internationaal humanitair recht van dat land.²¹¹

²¹⁰ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, p. 3 en p. 13.

²¹¹ Gemeenschappelijk Standpunt 2008/944/GBVB.



254. Indien de aanvraag naar het oordeel van de Staat voldoet aan de criteria van het Gemeenschappelijk Standpunt, wordt de vergunning voor uitvoer verleend. Nu de overheid al toetst op de eerbiediging van mensenrechten in het land van eindbestemming en eerbiediging van het internationaal humanitair recht in dat land, lijkt de eigen verantwoordelijkheid van bedrijven om mensenrechten due diligence te verrichten weg te vallen, vooral nu de verantwoordelijkheid is vastgelegd in richtlijnen die juridisch niet bindend zijn.²¹²
255. Uit het rapport Outsourcing Responsibility van Amnesty International blijkt dat de meeste bedrijven die zijn ondervraagd omtrent hun verantwoordelijkheid inzake mensenrechten, het due diligence onderzoek als een verantwoordelijkheid van de staat beschouwen middels de toets aan het Gemeenschappelijk Standpunt.²¹³ Defensiebedrijf Airbus SE, met hoofdzetel in Nederland, is voor dit rapport ook ondervraagd. Bij brief van 25 september 2018 heeft Airbus SE laten weten ethisch handel te drijven, maar het richt zich verder in de brief vooral op de eerbiediging van de nationale regelgeving omtrent export van de landen waarin zij opereert. Niet wordt ingegaan op het eigen due diligence onderzoek en naar de eventuele implicaties die geëxporteerde producten hebben of hebben gehad op de mensenrechten of humanitair recht in het land waar de wapens zijn ingezet.
256. Bedrijven zijn echter zelf verantwoordelijk voor het toepassen van due diligence.²¹⁴ Daarbij komt dat de verantwoordelijkheid van bedrijven om due diligence te verrichten naar mensenrechten een voortdurend proces is, en geen eenmalige activiteit.²¹⁵ Exporteurs zijn daarnaast verplicht alle informatie aan te leveren, die relevant is voor de beoordeling van een aanvraag voor een exportvergunning, waaronder mogelijke risico's op mensenrechtenschendingen.
257. Tevens verwacht het kabinet van exporteurs dat zij de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen naleven, exporteurs worden hier ook schriftelijk op gewezen wanneer zij een exportvergunning ontvangen, zo blijkt uit Kamervragen van 11 december 2018.²¹⁶ Een algemene verplichting om autoriteiten over mogelijke mensenrechtenschendingen te informeren bestaat echter niet.²¹⁷

II.2 Nationaal Contactpunt

258. Alle regeringen die de OESO-richtlijnen hebben geïmplementeerd, hebben een nationaal contactpunt (NCP) opgericht om deze na te leven. Wanneer de implementatie van de Richtlijn leidt tot een meningsverschil tussen belanghebbenden, of wanneer belanghebbenden menen dat een bedrijf zich niet aan de Richtlijnen houdt, kan een klacht worden ingediend bij het NCP. Dit kan zowel via een informeel proces als via een formele melding van een specifieke instantie. Zowel individuen als organisaties kunnen beklag doen bij het NCP. Het NCP faciliteert vervolgens een mediation, waarbij de kwestie wordt besproken. Uiteindelijk is het NCP verplicht een definitieve verklaring over het einde van het proces over te leggen, welke niet

²¹² OESO-richtlijn p. 21.

²¹³ 'Amnesty: Wapenbedrijven negeren mensenrechten', beschikbaar op <<https://www.dewereldmorgen.be/artikel/2019/09/09/amnesty-wapenbedrijven-negeren-mensenrechten>>.

²¹⁴ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, p. 13.

²¹⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 26485.

²¹⁶ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20182019-898.html>

²¹⁷ Idem.



bindend is. Deze slotverklaring kan ofwel verwijzen naar de overeenkomst die door de partijen is bereikt of, indien geen overeenstemming is bereikt, een beoordeling van het gedrag van de onderneming en aanbevelingen voor verbeteringen doen.²¹⁸

259. Een zaak voor het Amerikaanse NCP ging over de export van wapens naar Saoedi-Arabië door Boeing en Lockheed Martin. Aangevoerd werd dat de bedrijven geen passende maatregelen hadden ondernomen om ervoor te zorgen dat hun producten geen mensenrechtenschendingen veroorzaakten of daaraan bijdroegen, en dat de producten van de bedrijven rechtstreeks bijdroegen aan de negatieve gevolgen voor de mensenrechten in Jemen door het gebruik van de wapens door de Saoedische regering. De klachtindieners voerden ook aan dat de bedrijven geen relevant mensenrechtenbeleid hadden en niet de nodige zorgvuldigheid in acht hadden genomen bij de verkoop van hun producten.²¹⁹ Het Amerikaanse NCP concludeerde echter dat een onderzoek van de zaak noodzakelijkerwijs een evaluatie van het gedrag van de staat zou omvatten, namelijk het Amerikaanse besluit om een uitvoervergunning te verlenen en beslissingen over het gebruik van de wapens door Saoedi-Arabië. Het NCP oordeelde daarom dat het niet de taak van het NCP is om het handelen van de staat te beoordelen en accepteerde daarom de klacht voor bemiddeling niet.²²⁰
260. Het Britse NCP verwierp in een vergelijkbare zaak eveneens een klacht. Wel werd in die zaak vooropgesteld dat zelfs voor wapenexporteurs een verantwoordelijkheid geldt om due diligence uit te voeren. In dit specifieke geval was het NCP van oordeel dat de invalshoek van het bedrijf om te vertrouwen op de Britse exportvergunningprocedure, die een risico-evaluatie voor mensenrechten omvat, passend is.²²¹ Het merkte ook op dat het niet de strekking en de doeltreffendheid van de OESO-richtlijnen dient om een levering te onderzoeken waarvoor de Britse regering een mensenrechtenbeoordeling heeft uitgevoerd als onderdeel van de exportvergunningcontroles.²²²
261. In beide gevallen voor de NCPs staat de afgifte van de vergunning en een onderliggende mensenrechtentoets door de overheid centraal. De NCP-besluiten zijn echter niet in overeenstemming met de OESO-richtlijnen, de OESO-handreiking of de UNGPs. Allereerst bepaalt de OESO-handreiking dat de due diligence aanbevelingen van de OESO-richtlijnen niet zijn bedoeld om de verantwoordelijkheden van ondernemingen naar regeringen over te hevelen. In plaats daarvan suggereren de aanbevelingen dat elke onderneming haar eigen verantwoordelijkheid moet nemen met betrekking tot negatieve gevolgen van de bedrijfsvoering.²²³ Ten tweede is eerbiediging van de mensenrechten wereldwijd de norm voor ondernemingen. Deze norm is onafhankelijk van toepassing van de mogelijkheden en/of de bereidheid van Staten om hun mensenrechtenverplichtingen na te komen en doet geen afbreuk aan die verplichtingen.²²⁴ Het uitblijven van relevante nationale wetten of het in strijd handelen

²¹⁸ Schliemann & Bryk 2019, p. 21.

²¹⁹ US National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Final Statement, Specific Instance between European Centre for Democracy and Human Rights, Defenders for Medical Impartiality, and Arabian Rights Watch Association, and the Boeing Company and Lockheed Martin Corporation, 18 November 2016, p. 9.

²²⁰ *Idem*, p. 4.

²²¹ UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Complaint from an NGO against a UK company, October 2016, p. 7.

²²² *Idem*, p. 9.

²²³ OECD Handreiking, p. 17.

²²⁴ OECD-richtlijn p. 31.



met internationale verplichtingen doet niets af aan de verwachting dat ondernemingen mensenrechten eerbiedigen. Dergelijke verwachtingen bestaan dus naast de naleving van de nationale regelgeving ter bescherming van mensenrechten.²²⁵

262. Verder bepalen het commentaar bij principe 12 van de UNGPs en het commentaar bij de OESO-richtlijnen dat ondernemingen in situaties van gewapende conflicten de normen van internationaal humanitair recht moeten respecteren. Dit is nader toegelicht door het Internationaal Comité van het Rode Kruis (ICRC), dat gezaghebbend is op het gebied van internationaal humanitair recht. Volgens het ICRC zijn ondernemingen gebonden aan het internationaal humanitair recht²²⁶, als zodanig is ‘‘begrip van het internationaal humanitair recht en belangstelling naar het gedrag van potentiële kopers essentieel voor het risicobeheer van fabrikanten en leveranciers van wapens’’.²²⁷
263. Op basis van deze algemene principes is een afzonderlijk onderzoek naar de eerbiediging van de mensenrechten door een bedrijf gerechtvaardigd zelfs wanneer ze toestemming van de overheid hebben verkregen, omdat de verplichting van de Staat en de verantwoordelijkheid van ondernemingen parallel lopen. Er zou anders helemaal geen ruimte zijn voor de verantwoordelijkheid omtrent mensenrechten van wapenexporteurs of andere exportgoederen, zoals bijvoorbeeld gevaarlijke stoffen, pesticiden en goederen voor tweemaal gebruik, omdat in deze gevallen altijd vergunningen nodig zijn. Bovendien zou een dergelijke benadering in strijd zijn met het doel en de effectieve toepassing van de OESO-richtlijnen en –handreiking, aangezien wapenexporteurs in dat geval vrijgesteld zouden zijn van de werkingssfeer van de richtlijn en de handreiking. Dit wordt echter nergens als uitzondering genoemd. Bovendien moet rekening worden gehouden met de ernst van de mensenrechtenrisico’s bij de bedrijfsvoering. De verplichting van een bedrijf om due diligence op het gebied van mensenrechten uit te voeren is dwingend, gezien de onomkeerbare gevolgen indien een staat de mensenrechtentoets niet naar behoren uitvoert voordat de vergunning wordt verleend.
264. Bovendien is het mogelijk dat in de loop der tijd de mensenrechtentoets tot andere resultaten leidt dan bij verlening van de vergunning, terwijl de vergunning voor langere tijd is verleend. In Nederland wordt er aan de vooravond van het verlenen van de vergunning nogmaals getoetst op risico’s voor mensenrechten, maar in geval een vergunning voor een aantal maanden of jaren is verleend kan dit aanzienlijk afwijken van de latere situatie. Ook vanuit dat perspectief is een afzonderlijke verantwoordelijkheid van wapenbedrijven om due diligence uit te voeren absoluut gerechtvaardigd.

II.3 Corporate due diligence

265. Benadrukt moet worden dat de maatregelen die een onderneming neemt om de nodige zorgvuldigheid te betrachten, evenredig moeten zijn aan de ernst en de waarschijnlijkheid van de negatieve gevolgen. Wanneer de waarschijnlijkheid en de ernst van een nadelig gevolg groot zijn, moet de due diligence uitgebreider zijn.²²⁸ De sectorspecifieke risico’s, die kenmerkend

²²⁵ Idem, p. 32.

²²⁶ ICRC, *Business and International Humanitarian Law: an introduction to the rights and obligations of business enterprises under international humanitarian law*, p. 14.

²²⁷ Idem, p. 25.

²²⁸ OECD Handreiking, p. 17.



zijn voor wapenhandel, waarin de waarschijnlijkheid en de ernst van de negatieve gevolgen groot zijn, vereisen uitgebreide maatregelen om mensenrechten te respecteren.

266. In de zaak van Alsetex, dat traangas naar Bahrein uitvoerde en dat naar verluidt door de Bahreinse regering is gebruikt om in 2011, 2015 en 2016 mensenrechtenschendingen te plegen, formuleerde het Franse NCP concrete aanbevelingen over het due diligence-proces. In lijn met de OESO-richtlijnen adviseerde het een beleidsverklaring omtrent mensenrechten op te nemen, die goedgekeurd zou moeten worden op het hoogste niveau van de onderneming, die intern en extern gepubliceerd zou moeten worden en gepresenteerd zou moeten worden aan al het personeel, zakenpartners en andere relevante partijen.²²⁹
267. In een andere zaak met betrekking tot bewakingstechnologie voor het Britse NCP werd geoordeeld dat de acties van Gamma International UK Ltd niet in overeenstemming waren met de bepalingen van de OESO-richtlijnen, waaronder de verantwoordelijkheid om due diligence uit te voeren.²³⁰ Wat betreft de corporate due diligence, adviseerde het Britse NCP Gamma International UK Ltd om haar bedrijfsvoering meer in overeenstemming te brengen met de Richtlijnen, waarbij met name de aanbeveling met betrekking tot het bewijsmateriaal of de informatiebronnen waarmee exporteurs rekening moeten houden, relevant is voor het due diligence-proces.

II.4 Rechtspraak

268. De verantwoordelijkheid van ondernemingen om mensenrechten te eerbiedigen staat los van kwesties van wettelijke aansprakelijkheid, die grotendeels worden bepaald door nationale wettelijke bepalingen in de relevante rechtsgebieden. Uit jurisprudentie blijkt dat ook na het verkrijgen van een vergunning bedrijven civielrechtelijk kunnen worden aangesproken voor hun bedrijfsactiviteiten, zelfs als naar de vergunning wordt gehandeld, indien dit tot schade leidt bij derden, zo volgt uit het standaardarrest Vermeulen/Lekkerker uit 1972.²³¹ Aansprakelijkheid wordt in deze zaken veelal gebaseerd op het feit dat bedrijven hebben nagelaten onderzoek te doen naar eventuele risico's voor derden, vooral indien de ingetreden schade eenvoudig te beperken was. Voorts wordt er gewicht toegekend aan de grootte van een bedrijf, alsmede de bereidheid om schadebeperkende maatregelen te treffen. Beargumenteerd kan worden dat hieruit de due diligence verplichting geldt voor bedrijven.
269. In Vermeulen/Lekkerker werd bepaald dat of en in hoeverre een door de overheid verstrekte vergunning invloed heeft op de beoordeling van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van degene die overeenkomstig de vergunning handelt, maar daarbij schade en hinder toebrengt aan derden, afhangt van de aard van de vergunning en het belang dat wordt nagestreefd met de regeling waarop de vergunning berust, een en ander in verband met de omstandigheden van het geval. De vergunninghouder mag in het algemeen erop vertrouwen dat de vergunning overeenkomstig de wet is verleend en de overeenkomstig de wet in aanmerking te nemen

²²⁹ Final Statement French National Contact point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Etienne Lacroix – Alsetex in Bahrain – Specific Instance, 4 July 2016, p. 5.

²³⁰ Final Statement UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Privacy International and Gamma International UK Ltd, December 2014, p. 16.

²³¹ HR 10 maart 1972, ECLI:NL:PHR:1972:AC1311 (Vermeulen/Lekkerkerker).



belangen door de vergunningverlenende instantie volledig en op juiste wijze zijn afgewogen, en dat hij gerechtigd is van die vergunning gebruik te maken.

270. De Hoge Raad heeft bevestigd dat *“het antwoord op de vraag of er sprake is van onrechtmatige hinder, afhangt van de aard, de ernst en de duur van de hinder en de daardoor toegebrachte schade in verband met de verdere omstandigheden van het geval, waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met het gewicht van de belangen die door de hinder toebrenkende activiteit worden gediend, en de mogelijkheid - mede gelet op de daaraan verbonden kosten - en de bereidheid om maatregelen ter voorkoming van schade te treffen.”*²³² De bereidheid om maatregelen te treffen zou in dit geval ook kunnen worden ingevuld aan de hand van de due diligence verplichtingen.
271. Hieronder volgt een aantal uitspraken waarin de civiele rechter wel van oordeel was dat het bedrijf op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk was voor schade die derden hebben opgelopen als gevolg van bedrijfsactiviteiten, zelfs in het geval van naleving van de voorwaarden van de verleende vergunning.

II.4.1 NAM

272. Eisers stelden in de NAM-zaak dat de NAM onrechtmatig handelde omdat zij inbreuk maakte op hun (eigendoms)recht, haar in artikel 33 Mijnbouwwet vastgelegde zorgplicht had geschonden en in ieder geval had gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Verder voerden eisers aan dat hun persoonlijke levenssfeer en levensvreugde en daarmee hun woongenot door de constante dreiging van de aardbevingen werd aangetast en dat dit een inbreuk is op de integriteit van de persoon en de veiligheid van de woning.²³³ De rechtbank was van oordeel dat de NAM aansprakelijk was op grond van art. 6:162 BW voor de schade die de omwonenden hadden geleden, en voegt daaraan toe dat het feit dat NAM niet meer gas heeft gewonnen dan was toegestaan volgens de instemmingsbesluiten van de minister geen afbreuk doet aan haar aansprakelijkheid, en dat NAM zelf verantwoordelijk blijft voor schade die intreedt als gevolg van haar bedrijfsactiviteiten. Ook hieruit blijkt dat de vergunning niet afdoet aan de eigen verantwoordelijkheid van het bedrijf.

“4.2.4. Niet in geschil is dat de aardbevingen in het algemeen het woongenot van bewoners van het Groningenveld aantasten en dat de bevingen het gevolg zijn van de bedrijfsactiviteiten van NAM. Er ontstaat schade aan de woningen en velen zijn bang voor hun veiligheid, ervaren spanningen en worden in hun dagelijks leven met de gevolgen van de aardbevingen geconfronteerd. Deze (over)last overschrijdt gezien de aard, de ernst en de duur daarvan de grenzen van hetgeen eisers in het maatschappelijk verkeer als ‘gewone’ hinder hebben te accepteren en vormt een inbreuk op hun eigendomsrechten en op hun recht op ongestoord woongenot. NAM, die deze onrechtmatige overlast als exploitant van Mijnbouwwerken heeft veroorzaakt, is daarom ook op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk voor de schade die inwoners daardoor lijden. Voor zover NAM aansprakelijk is voor door eisers geleden schade

²³² HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, r.o. 3.2.

²³³ Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:715, r.o. 4.2.3.



op grond van artikel 6:177 BW is zij dat derhalve eveneens op grond van artikel 6:162 BW. Dat NAM niet meer gas heeft gewonnen dan haar volgens de instemmingsbesluiten van de minister was toegestaan, neemt dit niet weg. NAM is en blijft steeds zelf verantwoordelijk voor schade die inwoners van het aardbevingsgebied als gevolg van haar bedrijfsactiviteiten lijden.”

II.4.2 Shell

273. De verantwoordelijkheid werkt ook bij multinationals door. In 2008 en 2009 spanden vier Nigeriaanse boeren en de Nederlandse ngo Milieudefensie verschillende civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures aan voor de Rechtbank Den Haag tegen het in Nederland hoofdkantoor houdende Royal Dutch Shell (RDS) – inclusief haar rechtsvoorgangers – en haar in Nigeria gevestigde (klein)dochtermaatschappij Shell Petroleum Development Company of Nigeria (SPDC). De vorderingen hielden verband met een aantal olie lekkages uit door Shell geëxploiteerde oliepijpleidingen nabij de dorpen Oruma, Goi en Ikot Ada Udo in de Nigerdelta. De rechtbank nam hier een duty of care aan van de dochtermaatschappij SPDC jegens de omwonenden en vissers en boeren, omdat de ingetreden schade eenvoudig en aanzienlijk te beperken was indien er redelijke beveiligingsmaatregelen genomen waren, aldus de rechtbank. Op grond hiervan zou de due diligence verplichting beargumenteerd kunnen worden, doordat er door middel van het due diligence onderzoek voor aanvang van de bedrijfsactiviteiten in beeld kan worden gebracht welke risico's (in het licht van mensenrechten) de bedrijfsactiviteiten met zich meebrengen. Nu de duty of care in de Shell-zaak werd gebaseerd op de niet genomen beveiligingsmaatregelen, kan beargumenteerd worden dat de due diligence verplichting zeer wel doorwerkt als ongeschreven zorgvuldigheidsnorm.

“4.44. Verder had SPDC vóór 2006 en 2007 het gevaar van schade door eenvoudig te plegen sabotage van IBIBIO-I tegen relatief lage kosten aanzienlijk kunnen beperken of uitsluiten door de wellhead eenvoudigweg af te sluiten met een betonplug, zoals dat in 2010 na de start van deze procedure feitelijk ook is gebeurd. Ook had SPDC onvoldoende belang om deze sinds 1959 of 1960 verlaten exploratieput niet vóór 2006 door het plaatsen van een betonplug beter te beveiligen. Dat maakt dat het naar het oordeel van de rechtbank ook fair, just and reasonable is om te oordelen dat SPDC in dit geval een specifieke duty of care had tegenover de omwonenden van IBIBIO-I en vooral vissers en boeren zoals Akpan, om redelijkerwijs te vergen beveiligingsmaatregelen tegen sabotage te nemen.”

“4.45. Vast staat dat SPDC IBIBIO-I vóór de lekkages van 2006 en 2007 niet naar behoren heeft beveiligd. Voor zover SPDC stelt dat dit vóór 2006 ook niet mogelijk was wegens conflicten met de plaatselijke bevolking, heeft zij die stelling in deze procedure onvoldoende onderbouwd. Naar het oordeel van de rechtbank had SPDC als redelijk handelend operator IBIBIO-I naar behoren moeten beveiligen, omdat zij een zo groot en evident risico op eenvoudig te plegen sabotage tegen relatief lage kosten aanzienlijk had kunnen en moeten beperken of uitsluiten. Dat leidt tot de conclusie dat SPDC in dit specifieke geval haar duty of care tegenover Akpan heeft geschonden. Dat de olie lekkages niet zouden hebben plaatsgevonden indien IBIBIO-I al vóór 2006 of 2007 eenvoudigweg met een betonplug zou zijn afgesloten, staat tussen partijen niet ter discussie, en volgt verder ook uit het hiervoor in 2.13 beschreven rapport van Accufacts. Er bestaat dus ook causaal verband tussen de schending van deze specifieke duty of care door



SPDC en de gestelde schade van Akpan. Het voorgaande brengt de rechtbank tot het oordeel dat SPDC een specifieke tort of negligence heeft gepleegd jegens Akpan door IBIBIO-I vóór deze twee olie lekkages onvoldoende te beveiligen tegen de toen op eenvoudige wijze gepleegde sabotage en dat SPDC aansprakelijk is voor de schade die Akpan daardoor heeft geleden.”²³⁴

II.4.3 Boskalis

274. In deze zaak werd Boskalis N.V. aangesproken door een boerderijhouder die scheurvorming ondervond aan zijn boerderij door een verlaging van de grondwaterstand als gevolg van de zandwinningsactiviteiten van Boskalis. De rechtbank was van oordeel dat de gevolgen van de bedrijfsactiviteiten voor een professioneel bedrijf als Boskalis zeer wel voorzienbaar waren en het bedrijf door na te laten adequaat onderzoek te doen onrechtmatig heeft gehandeld jegens de eigenaar van de boerderij hebben gehandeld. De rechtbank voegde hieraan toe dat het feit dat Boskalis haar werkzaamheden heeft uitgevoerd zoals was neergelegd in de verleende vergunning niet afdoet aan haar aansprakelijkheid in de zin van art. 6:162 BW.

“5.3 Het verweer van gedaagden dat hen niets te verwijten valt, nu het intreden van de schade voor gedaagden niet voorzienbaar was en gedaagden niet onzorgvuldig hebben gehandeld, wordt verworpen. Verzakkingen als gevolg van wijzigingen in de grondwaterstanden bij zandwinningwerkzaamheden als de onderhavige zijn, zeker voor een professioneel baggerbedrijf als Boskalis, zeer wel voorzienbaar omdat daarbij ook in de bodem en grondlagen wordt ingegrepen en fluctuaties in de grondwaterstanden kunnen optreden. Gedaagden hadden derhalve vóór de aanvang van de betreffende zandwinningactiviteiten en/of het verwijderen van de aanwezige klei- en sliblagen in de noordelijke en de zuidelijke plas, moeten (laten) onderzoeken of deze activiteiten niet zouden kunnen leiden tot verandering van het geohydrologische systeem of tot het optreden van zettingverschillen in de grondlagen, waardoor verzakkingen en schade zou kunnen ontstaan aan omliggende bebouwingen, waaronder de op geringe afstand van de zandwinninglocatie gelegen boerderij van [eiser sub 1] c.s. Niet gebleken is dat gedaagden dit hebben gedaan. Weliswaar hebben gedaagden gesteld dat zij vóór zij aan de uitvoering van de zandwinning-werkzaamheden begonnen, zich ervan vergewist hebben dat zij de betreffende werkzaamheden konden uitvoeren, zonder daarmee aan opstellen of wegen in de directe nabijheid van de zandwinninglocatie schade te veroorzaken. Gedaagden geven echter niet aan op welke wijze zij dit gedaan hebben. Nu zij voorts deze stelling niet met stukken hebben onderbouwd, gaat de rechtbank hieraan voorbij. De rechtbank neemt derhalve als vaststaand aan dat gedaagden vóór aanvang van de werkzaamheden niet een adequaat onderzoek als hier bedoeld hebben laten uitvoeren. Door dit na te laten hebben zij onzorgvuldig jegens [eiser sub 1] c.s. gehandeld. Dat gedaagden hun werkzaamheden exact hebben uitgevoerd op de wijze als omschreven in de door Gedeputeerde Staten afgegeven vergunning doet hier niet aan af.”²³⁵

275. Ook het Gerechtshof 's-Gravenhage oordeelde in hoger beroep dat professionele partijen als Boskalis en Dekker in geval van ingrijpende zandwinningswerkzaamheden de plicht hadden om voldoende maatregelen te nemen om schade te voorkomen. Daarbij gaat het allereerst om een verplichting tot onderzoek vóór aanvang van de werkzaamheden. Het hof was van oordeel

²³⁴ Rb. Den Haag 30 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY9854 (Shell Nigeria).

²³⁵ Rb. Rotterdam 8 maart 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AV5294.



dat Boskalis c.s. en Dekker onzorgvuldig hebben gehandeld jegens geïntimeerden, door voorafgaande aan de uitvoering van de zandwinningswerkzaamheden niet te onderzoeken of in de gegeven omstandigheden schade aan de boerderij van geïntimeerden zou kunnen ontstaan.²³⁶ Aansprakelijkheid werd hier gebaseerd op het nalaten van het doen van adequaat onderzoek voorafgaand aan het initiëren van de bedrijfsactiviteiten. De due diligence verplichting kan hieruit afgeleid worden, des te meer nu het om een professioneel bedrijf gaat dat eenvoudig aan haar onderzoeksverplichting had kunnen voldoen.

II.4.4 Kalimijnen

276. In de Kalimijnen-zaak ging het om de vraag in hoeverre Franse kalimijnhouders onrechtmatig handelden jegens kwekers die als gevolg van het lozen van afvalstoffen in de Rijn schade ondervonden. Ook hier hield het bedrijf zich aan de voorschriften van de vergunning, maar was dat niet afdoende om aansprakelijkheid te ontlopen. Het Hof, in cassatie bevestigd door de Hoge Raad, stelt expliciet dat het naleven van de voorschriften van de vergunning de vergunninghouder niet vrijwaart van aansprakelijkheid. Belangrijk detail in deze zaak is dat er in de Franse vergunning een voorbehoud werd gemaakt met betrekking tot de rechten van derden, iets waar nog verder naar gekeken kan worden door PAX/PILP.

“3.3.2 Bij de beoordeling van onderdeel 1 dient uitgangspunt te zijn dat het antwoord op de vraag of degene die stoffen loost in een rivier in strijd handelt met de zorgvuldigheid die hem betaamt jegens degenen die benedenstrooms van het rivierwater gebruik maken afhangt van de aard, de ernst en de duur van de aan deze laatsten toegebrachte schade en de verdere omstandigheden van het geval, waarbij o.m. moet rekening worden gehouden enerzijds met de aard en het gewicht van de door de lozingen gediende belangen en anderzijds met de door het benedenstroomse gebruik gediende belangen, alsmede met de mate waarin het gebruik benedenstrooms gevoelig is voor de geloosde stoffen. Bedacht dient hierbij te worden dat bij de weging van deze wederzijdse belangen aan de belangen van de benedenstroomse gebruiker in zoverre een bijzonder gewicht toekomt dat deze in beginsel mag verwachten dat de rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild.”

“3.4. (...) Daarin komt het Hof tot de slotsom dat de Franse lozingsvergunning, waaraan MDPA zich ook wat betreft de voorschriften houdt, niet de strekking heeft de in aanmerking komende belangen zodanig af te wegen dat de vergunninghouder zou zijn gevrijwaard van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dit oordeel berust klaarblijkelijk op de uitleg van de vergunning en het daarin met betrekking tot de rechten van derden – met name de gebruikers van het water die door de zoutlozingen schade ondervinden – gemaakt voorbehoud, zulks tegen de achtergrond van de aard en strekking van de desbetreffende Franse wetgeving. Dit oordeel, dat naar behoren is gemotiveerd, kan in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Het onderdeel faalt derhalve. Voor zover het onderdeel een beroep doet op het Bonner Zoutverdrag stuit het af op hetgeen hiervoor in 3.2 is overwogen.”²³⁷

²³⁶ Gerechtshof Den Haag 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2566, r.o. 5.

²³⁷ HR 23 september 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AD5713.



II.4.5 Wyeth

277. Onderstaand arrest gaat over de verantwoordelijkheid van Wyeth dat farmaceutische producten produceert en het verwerken van suikerwaterafval aan Bioland heeft overgedragen. Wyeth was hiervoor in het bezit van een vergunning. De onderzoeksplicht van Wyeth naar de vergunning van Bioland staat hierin centraal en vormt de basis voor aansprakelijkheid van Wyeth op grond van 6:162 BW.

“2.21 Wyeth heeft, terwijl zij zich er van bewust was, althans dat had behoren te zijn, dat sprake was van gevaarlijk afval en dat Bioland voor het verwerken van het niet verontreinigde suikerwater een vergunning nodig had (zij had er immers naar gevraagd in de persoon van [A], die naar zij zelf stelt deskundig was ter zake van de verwerking van suikerwater zonder MPA), niet nader geverifieerd of die vergunning aanwezig was en of deze inderdaad toereikend was om de door haar voorgestane verwerking van het niet verontreinigde suikerwater – nog steeds farmaceutisch afval – uit te voeren. Vervolgens heeft zij - kennelijk zonder nader onderzoek naar of verificatie van de vergunning van Bioland op het punt van verwerking van het met MPA verontreinigde suikerwater - ook afval dat zij zelf als gevaarlijk bestempelt naar Bioland laten vervoeren. Daarmee heeft zij welbewust de ogen gesloten voor het feit dat die vergunning misschien niet toereikend was en kennelijk op de koop toe genomen dat zij haar afval overbracht of liet overbrengen naar een partij (in dit geval Bioland) die het afval niet mocht (en/of kon) verwerken. Door zich aldus van haar afval te ontdoen heeft zij de aanmerkelijke kans geschapen dat op een onoordeelkundige manier met dit afval zou worden omgegaan. Ook als zij tot het overbrengen van het MPA houdend afval naar Bioland is overgegaan op instigatie van Bioland en Cara, die zouden weten om welke stoffen het zou gaan, bevrijdt dat haar niet van haar verplichting om zelf nader te onderzoeken (zoals zij ook heeft gedaan voordat zij haar niet met MPA verontreinigde suikerwaterafval naar Bioland liet overbrengen) of Bioland ook dit afval kon en mocht verwerken. Het enkel sturen van MPA houdend suikerwater om Bioland een test te laten doen is onvoldoende om aan deze verplichting te voldoen. Ook de wens haar afval nuttig te willen toepassen is geen excuus dit afval zonder voldoende onderzoek naar Bioland over te (laten) brengen. Evenmin leidt het feit dat geen sprake zou zijn van een misdrijf naar Nederlands recht tot een vermindering van haar verantwoordelijkheid als producent van het afval.”²³⁸

II.4.6 Melchemie

278. Alhoewel in onderstaande zaak de aansprakelijkheid geen standhield in cassatie, noemt de Hoge Raad een aantal factoren die meewegen bij het bepalen of er in strijd is gehandeld met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt door na te laten de zorg te betrachten die in de gegeven situatie van een bewaarder in de zin van art. 6:175 BW (gevaarlijke stoffen) mocht worden verlangd. Een daarvan zijn de redelijkerwijs te treffen maatregelen om de verwezenlijking van enig gevaar te voorkomen, de mate van urgentie van het treffen van zodanige maatregelen en het tijdsbestek waarbinnen zij zouden kunnen worden gerealiseerd. Ook hieruit zou betoogd kunnen worden dat de due diligence verplichting voor aanvang van de bedrijfsactiviteiten als redelijkerwijs te treffen maatregel kan worden gezien.

²³⁸ Gerechtshof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3936.



“4.1. De wettelijke verlegging van de risicoaansprakelijkheid van de gebruiker (art. 6:175 lid 1 BW) naar de bewaarder (art. 6:175 lid 2 BW) staat niet eraan in de weg dat de gebruiker wegens een in zijn eigen onrechtmatig handelen of nalaten bestaande schending van een op hem rustende zorgplicht met betrekking tot de in bewaring gegeven gevaarlijke stof, op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk is indien het in art. 6:175 lid 1 BW genoemde bijzondere gevaar zich verwezenlijkt. Of de bewaargever in dat opzicht heeft gehandeld in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt door na te laten de zorg te betrachten die in de gegeven situatie van hem mocht worden verlangd, hangt af van een weging van alle relevante omstandigheden van het geval. Deze afweging dient te geschieden in het licht van de aard van de onderhavige zorgplicht welke erop is gericht zoveel mogelijk te voorkomen dat het aan de in bewaring gegeven stof inherente gevaar van ernstige aard voor personen of zaken zich verwezenlijkt. Daarbij moet in het bijzonder acht worden geslagen op de kans op schade, de aard en ernst van de eventuele schade en de bezwaarlijkheid van te nemen voorzorgsmaatregelen, maar ook op de bij de bewaargever als beroeps- of bedrijfsmatig gebruiker aanwezig te achten kennis van:

- de geldende veiligheidsvoorschriften voor opslag van de bewuste stof;
- (de specifieke) overtredingen van die veiligheidsvoorschriften,
- de kans op verwezenlijking van het aan de stof inherente bijzonder gevaar van ernstige aard voor personen of zaken als gevolg van die overtredingen;
- andere aldaar opgeslagen stoffen en de gevaren die (kunnen) ontstaan als de stoffen met
- elkaar in aanraking komen;
- de opslagmethoden, nodig om een aan de gehanteerde wijze van opslaan verbonden gevaar te kunnen onderkennen;
- de redelijkerwijs te treffen maatregelen om de verwezenlijking van de hiervoor genoemde gevaren te voorkomen, de mate van urgentie van het treffen van zodanige maatregelen en het tijdsbestek waarbinnen zij zouden kunnen worden gerealiseerd.”²³⁹

II.4.6 Vedanta (UK)

279. In april 2019 heeft de UK Supreme Court in een zogeheten ‘landmark ruling’ geoordeeld over de zorgplicht van een moedermaatschappij jegens derden die getroffen zijn door handelingen van een buitenlandse dochteronderneming. De zaak werd aangebracht naar aanleiding van giftige emissies van de Nchanga kopermijn in Zambia en telde 1800 Zambiaanse burgers die schade hebben ondervonden als gevolg van de emissies.
280. De eisers in Vedanta en andere soortgelijke zaken (Okpabi en anderen v Royal Dutch Shell, AAA en anderen v Unilever) hebben hun eis gebaseerd op de regel uit de zaak Chandler v Cape Plc dat een Britse moedermaatschappij een zorgplicht heeft jegens werknemers die getroffen zijn door handelingen van een buitenlandse dochteronderneming. Daar waar Chandler v Cape Plc een zorgplicht van de moedermaatschappij jegens de werknemers van een dochtermaatschappij in het leven roept, volgt uit Vedanta dat de zorgplicht van een moedermaatschappij jegens derden die getroffen zijn door handelingen van een buitenlandse

²³⁹ HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0567.



dochteronderneming kan worden aangenomen op grond van de basisprincipes van een onrechtmatige daad.²⁴⁰

CONFIDENTIAL

²⁴⁰ ‘Vedanta Resources PLC and anor v Lungowe and ors’ (2019) UKSC.